

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DES SCIENCES SOCIALES DE PARIS

LA DISTINCTION ENTRE RÈGLES ET DÉCISIONS ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE

pour le
DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 27 mars 1971

par

Pierre MAYER

MEMBRES DU JURY

Président : H. BATIFFOL,

Suffragants : B. GOLDMAN,
Y. LOUSSOUARN,
Ph. MALAURIE

DALLOZ
PARIS
1973

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

**LA DISTINCTION
ENTRE RÈGLES ET DÉCISIONS
ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

THÈSE

pour le
DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 27 mars 1971

par
Pierre MAYER

MEMBRES DU JURY

Président : H. BATIFFOL,
Suffragants : B. GOLDMAN,
Y. LOUSSOUARN,
Ph. MALAURIE

DALLOZ
PARIS
1973

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considé-
rées comme propres à leurs auteurs.*



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.J.I.L.	American Journal of International Law.
<i>Ann. Inst. Dr. Internat.</i>	Annuaire de l'Institut de Droit International.
<i>Arch. phil. droit</i>	Archives de philosophie du droit.
<i>Bull.</i>	Bulletin.
<i>Can. Bar Rev.</i>	Canadian Bar Review.
<i>C. civ.</i>	Code civil.
<i>C.G.I.</i>	Code général des impôts.
<i>D.</i>	Recueil Dalloz.
<i>D. H.</i>	Recueil hebdomadaire Dalloz.
<i>Dir. int.</i>	Diritto internazionale, Rivista trimestrale di dottrina e documentazione.
<i>D.P.</i>	Recueil périodique et critique Dalloz.
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais.
<i>Gaz. Trib.</i>	Gazette des Tribunaux.
<i>Internat. and Comp. Law Q.</i>	The International and Comparative Law Quarterly.
<i>Int. Law R.</i>	International Law Review.
<i>I.H.E.I.</i>	Institut des Hautes Etudes Internationales.
<i>J.</i>	Journal du droit international privé (1874-1914); Journal du droit international (depuis 1915).
<i>J.C.P.</i>	Jurisclassseur périodique. La semaine juridique.
<i>Jurisl. Droit internat.</i>	Jurisclasseur de droit international.
<i>Law. Quart. Rev.</i>	<i>Law Quarterly Review.</i>
<i>Le Renvoi</i>	La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, par Ph. FRANCESCAKIS.
<i>N.J.W.</i>	Neue Juristische Wochenschrift.
<i>R.</i>	Revue de droit international privé et de droit pénal international (1905-1921); Revue de droit international privé (1922-1933); Revue critique de droit international (1934-1946); Revue critique de droit international privé (depuis 1947).
<i>Rabels Z.</i>	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
<i>Rec.</i>	Recueil.
<i>Rép. Dalloz Droit internat.</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international.

<i>Rép. Dalloz Droit civil</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil.
<i>Rép. Dalloz proc. civ.</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile et commerciale.
<i>Rev. dr. internat. et dr. comp.</i>	Revue de droit international et de droit comparé.
<i>Rev. droit public</i>	Revue du droit public.
<i>Rev. gén. dr. int. pub.</i>	Revue générale de droit international public.
<i>Rev. internat. dr. comp.</i>	Revue internationale de droit comparé.
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil.
<i>Rev. trim. dr. com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial.
<i>Riv. di dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale.
<i>Riv. dir. int. civ. e proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale.
<i>S.</i>	Sirey, Recueil général des lois et arrêts.
<i>Traité.</i>	Droit international privé, par H. BATIFFOL, 5 ^e éd. avec le concours de P. LAGARDE.
<i>Travaux.</i>	Travaux du Comité français de droit international privé.
<i>Z. für ausl. öff. Recht und V</i>	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.
<i>Z. für Int. Privat. und Strafrecht.</i>	Zeitschrift für Internationales Privatrecht und Strafrecht.
<i>Z. für Vgl. Rechtswissenschaft.</i>	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft.

PRÉFACE

Il n'est pas si fréquent de voir une théorie d'un niveau d'abstraction élevé servir directement à l'intelligence et à la solution de problèmes qui se posent aux juristes dans des conditions concrètes.

M. Pierre Mayer est parti — bien que le cheminement de sa pensée ne soit pas celui de son exposé — de l'observation que les problèmes de nationalisation qui ont tant occupé les tribunaux et les commentateurs depuis la première, et surtout la seconde guerre mondiale, ne trouvaient pas de solution adéquate, par la méthode des conflits de lois quant à leurs effets hors du pays qui décide ces mesures : il ne s'agit pas de chercher quelle loi régit une telle opération, car elle est déjà connue, mais de dire si ses effets sont acceptés ou non. Il a alors rapproché cette position de celle qui est reçue pour l'effet des jugements étrangers, dont il s'agit aussi d'accepter ou de refuser les effets.

Cette position commune lui a paru exprimer que dans 'un et l'autre cas il s'agissait de l'effet en France de décisions étrangères, alors que le problème des conflits de lois répond à une toute autre question : celle d'un choix entre deux règles existant dans deux systèmes juridiques différents.

Il a cherché les relations entre les deux problèmes et leur signification. Règles et décisions sont traditionnellement rapprochées et opposées comme constituant les deux étapes caractéristiques de l'élaboration et de l'application du droit. Mais la tradition d'une part les oppose comme foncièrement hétérogènes, d'autre part se divise sur leur valeur respective. Pour les uns la règle seule est du droit, la décision est un acte de volonté, subordonné et sans lendemain. Pour d'autres au contraire c'est la décision, essentiellement judiciaire, qui dit le droit, car c'est elle qui créera cette situation juste constituant le but du droit. Dans la tradition des pays de common law la règle s'induit a posteriori de la décision, et avec prudence. Les sociologues considèrent qu'une société peut se passer de règles de droit, non de juges ; des interprètes contemporains de la tradition jusnaturaliste estiment que le juste est dans le concret, que les règles générales peuvent aider à le trouver, mais aussi y faire obstacle, sont donc une réalité seconde.

M. Mayer rétablit l'unité en regardant règles et décisions comme les deux espèces du genre norme. En quoi il pourra paraître répéter Kelsen, dont l'opposition entre les normes générales et les normes individuelles se fraie un chemin difficile, au moins en France. Le lecteur verra cependant, quelque profit que le présent ouvrage

ait tiré de l'illustre auteur, qu'il n'en n'est pas un « placage ». D'une part la notion de norme n'est pas conçue entièrement de la même manière, et M. Mayer n'inclut pas par exemple les contrats dans les normes individuelles. D'autre part le « révélateur » du droit international privé permet de mieux voir en quoi une décision individuelle mérite le nom de norme.

C'est en effet l'originalité méritoire de ce travail que de montrer comment une règle ou une décision étrangère va avoir effet en France parce qu'il en découle le règlement d'un problème pendant devant le juge français. La coexistence d'ordres juridiques indépendants met en lumière qu'une décision individuelle telle qu'un jugement est invoquée en vue d'une conséquence à en tirer, et mérite à ce titre le nom de norme que la tradition lui refuse, le réservant aux règles.

Parvenu à ce point M. Mayer montre que le problème à résoudre dans l'un et l'autre cas est entièrement différent. Dans l'un il s'agit de choisir entre les règles de deux ou plusieurs systèmes juridiques ayant vocation apparente à régir la question posée. Dans le second il s'agit de dire si la décision étrangère sera ou non acceptée dans le pays du juge saisi. Au choix entre systèmes du premier cas est substituée l'alternative de l'acceptation ou du refus.

On ne peut nier à M. Mayer le mérite d'avoir formulé en termes frappants une opposition qui n'avait pas été exprimée auparavant, en tout cas avec cette clarté formelle, et dont il apparaît immédiatement que la portée sur la démarche effective du juriste est très directe.

Mais avant d'en arriver là, M. Mayer a voulu montrer que cette position synthétise les deux démarches fondamentales du droit international privé. Il estime en effet pouvoir les ramener à la distinction entre conflits de lois et conflits de juridictions. Le lecteur en sera d'abord surpris : cette distinction a en effet été classiquement étudiée pour l'opposition et les liens entre la compétence législative et la compétence judiciaire ; ce sujet est essentiel pour la subsistance de la première catégorie, dont l'absorption par la seconde est préconisée par certains, au moins partiellement. Dans cette optique l'effet des jugements est un accessoire, et M. Mayer n'a pas tort de dénoncer une hétérogénéité de la catégorie « conflits de juridictions » quant à la méthode.

Or l'expérience est acquise de longue date que l'effet des jugements étrangers n'est nullement un résidu. De même qu'en droit interne les voies d'exécution ne sont aucunement, comme le regarde une vue superficielle, une matière ancillaire, de même l'effet des jugements étrangers a posé de tout temps les problèmes les plus complexes du droit international privé, parce qu'il s'agit précisément d'accueillir un résultat obtenu dans un système étranger qui a joué jusqu'au stade final de ses voies et moyens.

M. Mayer relie ce qu'il appelle ainsi la méthode des conflits de juridictions et celle des conflits de lois par le caractère indirect de la norme dans les deux cas. On sait tout ce que la doctrine connue de M. Werner Goldschmidt a tiré de ce caractère de la règle de conflits de lois, ne serait-ce que sur la comparaison des conflits de lois dans l'espace

et des conflits de lois dans le temps. Voici que M. Mayer donne une nouvelle dimension à ce qualificatif. Comme dans les conflits de lois le résultat sera atteint par le recours à une norme qui relève d'un système étranger.

Par où cet ouvrage illustre en effet la fonction finale et la plus originale des conflits de juridictions, qui est bien d'offrir une prise en considération d'un système étranger ; les conflits de lois le font pour les règles, les conflits de juridictions pour les décisions. L'expérience avait déjà perçu qu'en matière d'effet des jugements il s'agit effectivement de reconnaître l'existence d'un système étranger, et plus complètement peut-être, à cet égard, que dans les conflits de lois, en vue de cette coexistence des systèmes qui paraît bien être le but du droit international privé. Et si les normes se divisent en règles et décisions, les deux méthodes correspondent aux deux séries de normes de l'ordre juridique étranger. Si on ajoute que la décision prise par application de la règle représente cette articulation de la règle générale au cas singulier dont la difficulté et l'intérêt sont la raison d'être de la discipline juridique, on concèdera que le droit international privé contribue à mettre en lumière cette réalité.

Il n'est d'ailleurs pas contradictoire de superposer à ce tableau celui des liens de la compétence judiciaire avec la compétence législative d'une part, avec le droit processuel d'autre part quant aux problèmes procéduraux au sens étroit et quant aux effets des jugements. En un sens M. Mayer restitue une valeur à la catégorie dénommée par Niboyet des « conflits d'autorités », qui concernait précisément les actes des autorités publiques étrangères autres que les jugements. Notre auteur n'aboutit qu'à deux catégories et non à trois. Il a retrouvé une perception juste dans la vue de Niboyet, mais en évitant la complication tripartite, qui s'est révélée peu pratique à l'usage, notamment parce que l'effet des actes publics est considéré soit à propos des conflits de lois, par exemple le mariage, soit à propos des conflits de juridiction, par exemple un acte de procédure. Méthodologiquement M. Mayer a raison de penser qu'il y a deux problèmes seulement ; pratiquement il paraît bien aussi n'y en avoir que deux.

M. Mayer a d'autre part approfondi la notion de choix entre les systèmes pour caractériser l'opposition entre conflits de lois et conflits de juridictions. L'admission d'un tel choix, montre-t-il, suppose que la question à résoudre trouve une réponse dans les différents systèmes en présence. Le lecteur admirera la cohésion logique de la démonstration que « dans tout ordre juridique le corps des règles contient en puissance la solution de tout problème de droit qui peut se poser » (n° 102) : à partir de l'analyse de la règle de droit en une imputation d'une conséquence à un présupposé, l'auteur tient qu'il n'est pas possible d'admettre simultanément l'affirmation et la négation de l'imputation, pour conclure que l'ordre juridique considéré admet ou implique l'une ou l'autre, l'implication pouvant dériver d'une norme plus générale.

Sans entrer ici dans la question de savoir si cette position audacieuse n'appellerait pas quelque tempérament, il importe de souligner sa

signification à deux points de vue. D'une part si la coexistence des solutions peut au moins se rencontrer pour les problèmes les plus généraux, tels que la force obligatoire des contrats, ou la responsabilité pour faute, c'est une confirmation par une voie nouvelle de ce que permettaient déjà d'avancer les travaux sur le jeu des conflits de qualifications : il y a une permanence des problèmes généraux à travers les systèmes, quelles que soient les réponses qui leur sont données. Cette perception n'est pas sans intérêt à l'encontre des négateurs de toute communauté de droit entre les civilisations, voire même entre les hommes. D'autre part le recours à l'idée de corps de règles, et les conséquences qui en sont tirées ajoutent aux raisons de penser que la notion de système juridique n'est pas un simple mot, parce que tout droit tend à répondre à un ensemble de questions qui ont des liens les unes avec les autres. Dans la conjoncture actuelle, les avocats se multiplient, particulièrement en droit international privé et dans certains pays étrangers, des solutions « cas par cas », ou problème par problème, chacun d'entre eux étant résolu « pour lui-même », à quoi il faut ajouter les revendications d'autonomie qui se développent dans les branches du droit les plus diverses : le livre de M. Mayer est un rappel salutaire à des vérités qu'il est vain d'ignorer.

En ce qui concerne les effets des décisions étrangères, M. Mayer s'inspire du droit positif élaboré pour l'effet des jugements étrangers. La condition première, qu'il regarde comme essentielle, pour admettre leurs effets est celle de la compétence de l'organe dont elles émanent. Il esquisse un programme de « création » de règles de compétence indirecte qui seraient valables pour l'ensemble des décisions, c'est-à-dire non seulement les jugements mais encore les lois, par exemple sur les nationalisations, et les actes publics. La formation ou même l'existence de règles de compétence indirecte a fait l'objet récemment d'une critique serrée, dont le lecteur verra avec intérêt en quoi le présent ouvrage s'en inspire ou s'en sépare, pour aboutir finalement à des résultats voisins.

Dans les applications, M. Mayer montre avec un grand luxe d'arguments comment et pourquoi les effets des nationalisations relèvent de la méthode des conflits de juridictions et non de celle des conflits de lois. Il n'ignore pas l'objection que l'appréciation de la compétence de l'organe qui a décidé une telle mesure peut paraître dépendre, entre autres considérations, de la localisation des biens qui en sont l'objet. Même si on ne le suit pas dans sa conclusion négative sur ce point, il peut maintenir que la considération est liée accessoirement à la question principale qui reste celle de l'alternative entre un refus ou une acceptation. Une combinaison des méthodes ne dispense pas en effet de déterminer celle qui commande le processus du raisonnement.

Parmi les autres applications de la méthode, celle qui concerne le remariage du conjoint divorcé mérite de retenir particulièrement l'attention. On sait qu'en Suisse et en Allemagne les tribunaux ont refusé à des Italiens divorcés par un jugement rendu dans l'un de ces deux pays le droit d'y contracter un nouveau mariage, pour la raison

que leur loi personnelle, à l'époque, n'admettait pas le divorce. La jurisprudence suisse a changé sa position sans trop s'expliquer sur la différence formelle des raisonnements. M. Mayer montre avec une parfaite clarté que l'erreur consistait à poser le problème comme de conflits de lois, alors qu'il s'agissait des effets d'une décision. Il suffit de supposer que le divorce ait été prononcé dans un pays tiers pour voir l'application immédiate du raisonnement au problème ici considéré. Il est remarquable qu'à une époque récente la jurisprudence allemande a également abandonné l'ancienne solution, pour des motifs, il est vrai, entièrement étrangers aux raisonnements qui précèdent : mais la perception que le résultat était critiquable n'en est pas moins significative d'un besoin de raisonner autrement.

Cet ouvrage se lit avec un intérêt soutenu. Malgré l'abstraction des problèmes, M. Mayer sait toujours rester clair et précis. La force logique de son propos qui s'exprime dans la continuité sans faille de ses développements ne l'empêche pas de faire preuve de réalisme et de pondération dans ses jugements ; c'est qu'ils sont appuyés sur de vastes lectures et une longue réflexion qui lui ont permis de mesurer difficultés et objections. A l'encontre de ceux qui voudraient réduire le rôle du juriste au « flair » de l'équitable et du possible dans le cas concret, le vigoureux tempérament intellectuel de notre auteur apporte le témoignage qu'il existe d'autres exigences. Son récent et brillant succès au concours d'agrégation est venu sanctionner ses mérites.

Henri BATIFFOL.

INTRODUCTION

1. — Le droit international privé est certainement l'une des branches du droit, sinon la branche du droit, dont les problèmes de méthode ont donné lieu aux réflexions les plus riches. Quoiqu'on veuille parfois voir dans ce phénomène le résultat d'un goût particulier des internationalistes pour les spéculations abstraites, il ne faut en réalité en accuser que le caractère particulièrement complexe des problèmes qu'ils ont à résoudre.

A dire vrai, c'est essentiellement la matière du conflit de lois qui a bénéficié de leurs recherches, au point que l'expression de « conflits de lois » désigne non seulement un ensemble de problèmes, mais également un procédé, une méthode pour les résoudre.

Le conflit de juridictions, quant à lui, n'est qu'un ensemble de matières dont le trait commun est un lien avec le phénomène judiciaire ; on ne parle pas de la méthode du conflit de juridictions (1).

Probablement est-ce le fait, tout d'abord, de son hétérogénéité. Tandis que le conflit de lois comprend un ensemble de problèmes de même nature, le conflit de juridictions regroupe trois matières fort dissemblables : la compétence internationale des tribunaux français, la procédure dans les litiges internationaux, et enfin l'effet des jugements étrangers. La simplicité, au moins apparente, des types de raisonnement qu'appellent ces trois problèmes a dû jouer également : on ne s'attache à décrire une méthode que pour autant qu'il existe des difficultés dans la détermination de son contenu.

2. — Pourtant, si la compétence internationale et la procédure ne nous paraissent pas comporter une méthode propre, nous ne sommes pas convaincus qu'il en aille de même pour l'effet des jugements.

(1) On parle bien, à propos du conflit de juridictions, du procédé de la législation substantielle propre, qui consiste, non à déterminer la loi applicable, comme en matière de conflit de lois, mais à légiférer directement sur la question. Mais d'une part ce procédé n'est pas particulier au droit international privé puisque c'est toujours ainsi que le législateur procède en droit privé ; ici, il tient compte de la nature internationale de la relation, comme ailleurs il tient compte de sa nature commerciale. D'autre part, l'emploi de ce procédé ne résout pas la question — qui relève indiscutablement du droit international privé — de savoir si la règle substantielle adoptée doit être appliquée dans tous les cas par le juge.

La question de savoir *quand* les tribunaux français doivent se reconnaître compétents pour trancher les litiges internationaux, et celle de savoir *quelle procédure particulière* ils doivent alors suivre, bien que délicates, sont analogues à n'importe quelle question de politique législative, mettant en jeu des considérations d'opportunité diverses. Leur formulation même ne soulève pas de difficultés (1). En revanche, le problème de l'effet des jugements étrangers ne s'exprime pas *immédiatement* sous la forme : « dans quels cas convient-il, est-il opportun, de conférer l'exequatur à un jugement étranger ? ». Il a d'abord fallu se demander *sous quelle forme* la question devait être posée. En la déterminant, on a pris parti sur une méthode, car on a adopté un schéma de raisonnement, suivant lequel le législateur pourra élaborer les normes de droit international privé et le juge les appliquer. Notons, d'ailleurs, que le contenu de cette méthode n'est pas évident ; on pourrait concevoir de poser la question sous la forme : « à l'égard de quelles personnes, ou de quels biens, visés par lui, le jugement produira-t-il ses effets ? ». Dans le premier schéma, la méthode consiste à déterminer les conditions d'efficacité du jugement : si celui-ci répond aux conditions, il est totalement efficace ; s'il n'y répond pas il reste dénué de tout effet. Dans le second schéma, la méthode consiste à déterminer le champ d'application du jugement ; celui-ci peut donc produire en France *une partie* de ses effets.

3. — Ainsi, il est conforme à la vérité de dire que, dans sa conception la plus classique, le droit international privé connaît deux méthodes qui lui sont propres : *la méthode du conflit de lois* et la méthode que nous appellerons, sans autre justification que la symétrie des expressions, *la méthode du conflit de juridictions* (2). Nous ne modifions en rien la vision traditionnelle du droit international privé. Nous nous contentons de l'analyser d'une manière particulière.

Essayons de définir succinctement les caractéristiques principales de chacune des deux méthodes telles que les connaît le droit positif français.

La méthode du conflit de lois a pour objet de résoudre le problème du *choix de la loi* lorsque plusieurs systèmes législatifs ont vocation à s'appliquer à une relation déterminée. Elle consiste dans le recours à une règle française de rattachement qui désigne, parmi les « points de contact » de la relation avec les divers systèmes législatifs, celui qui est essentiel et révèle la loi applicable.

La méthode du conflit de juridictions permet de déterminer s'il y a lieu de donner *effet en France* à un *jugement étranger*. Pour cela,

(1) Si, en matière de procédure, certains problèmes de méthode apparaissent parfois, c'est uniquement dans la mesure où le conflit de lois s'y est réintroduit. Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 667.

(2) Rappelons que nous excluons le procédé de la législation substantielle, qui n'est pas propre au droit international privé et n'en résout d'ailleurs pas les problèmes (v. *supra*, p. 1, note 1).

on vérifie que sont bien réunies un certain nombre de conditions (quatre actuellement (1) : la compétence du tribunal, la compétence de la loi appliquée, la conformité à l'ordre public, l'absence de fraude à la loi). Dans l'affirmative, le jugement étranger est, soit reconnu (jugements rendus en matière d'état et de capacité des personnes et jugements constitutifs essentiellement), soit revêtu de l'exequatur (autres jugements).

Les deux méthodes ont pour caractéristique commune de constituer des procédés *indirects* de réglementation de certaines relations. Elles ont, en effet, pour objet de préciser le rôle que doivent jouer, relativement à telle relation, d'autres dispositions juridiques — jugements ou lois — qui la concernent directement.

4. — Cette symétrie harmonieuse entre les deux matières du conflit de lois et du conflit de juridictions, et entre les deux méthodes qui leur sont propres, a malheureusement cessé depuis quelques décennies de répondre aux exigences de la réalité. Des problèmes nouveaux sont apparus, auxquels les solutions anciennes se sont révélées inadaptées.

En particulier, l'accroissement considérable des interventions autoritaires de l'Etat dans les relations privées des individus a embarrassé les internationalistes. Certains ont estimé que le procédé du conflit de lois ne convenait pas aux problèmes qui naissaient de ces interventions. D'autres démarches intellectuelles ont alors été tentées.

Une seule d'entre elles a été présentée ouvertement comme une méthode véritable ; il s'agit de la méthode de la « délimitation du domaine des lois dans l'espace » (2), qui consiste à rechercher dans la loi étrangère, dite « d'application immédiate » ou « de police », le champ d'application de ses dispositions. Mais d'autres modes de raisonnement sont encore adoptés, comme le révèle notamment le problème de l'effet des nationalisations étrangères, qui depuis la révolution soviétique n'a pas cessé de croître en importance dans tous les pays.

Certains, voyant dans ces mesures des lois politiques, leur dénie tout effet, sauf à respecter les *droits acquis*, alors même qu'ils sont en général hostiles à cette notion (3). D'autres, mettant l'accent sur leur appartenance au *droit public*, préconisent, au lieu de déterminer la loi compétente, de « fixer les limites de la souveraineté » de l'Etat (4). D'autres encore parlent d'« *actes de gouvernement* »,

(1) Cela résulte de l'arrêt *Munzer* (Cass. civ., 7 janv. 1964, J., 1964.302, note Goldman ; J.C.P., 1964.II.13590, R., 1964.344, note Batiffol) et de l'arrêt *Bachir* (Cass. civ., 4 oct. 1967, J., 1969.102, note Goldman ; R., 1968.98, note P. Lagarde).

(2) Ph. FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz de Droit internat.*, V° *Conflit de lois*, n° 72.

(3) V. notamment ARMINJON, « Les lois politiques et le droit international privé », R., 1930, p. 393 à 395.

(4) VAN HECKE, « Confiscation and the conflict of laws », *Internat. Law Q.*, 1951, p. 349.

qui ne seraient soumis à aucun contrôle judiciaire (1), conformément aux principes de la doctrine américaine de l'*Act of State*.

Ces diverses démarches intellectuelles constituent autant de méthodes qui devraient prétendument prendre place à côté de la méthode du conflit de lois et de la méthode du conflit de juridictions, dans l'arsenal des procédés utilisables en droit international privé.

5. — Nul ne semble avoir songé, pour résoudre les problèmes que la méthode du conflit de lois, apparemment utilisable, ne parvenait pas à résoudre de façon satisfaisante, à employer le procédé, pourtant classique, du conflit de juridictions.

Il n'y a pas lieu de s'en étonner, si l'on considère le fait que la méthode du conflit de juridictions n'a pas été dégagée en tant que telle. Mais nous avons au contraire distingué la méthode du conflit de lois et la méthode du conflit de juridictions, et montré qu'elles présentent même entre elles une certaine parenté. L'idée vient donc tout naturellement de se demander si une partie au moins des difficultés que l'on a rencontrées ces dernières années dans la mise en œuvre des méthodes classiques ne provient pas d'une mauvaise distribution des matières entre l'une et l'autre. S'il en était ainsi, il ne serait pas nécessaire de chercher à créer de nouveaux instruments, dont la mise au point semble délicate. Il suffirait d'employer un procédé déjà éprouvé dans un autre domaine, et dont l'utilisation nouvelle ne nécessiterait qu'une adaptation.

Nous nous proposons de chercher dans cette voie, sans nous attendre à découvrir une panacée qui mettrait fin à toutes les difficultés actuelles, mais avec l'espoir de contribuer au moins à la solution de certaines d'entre elles.

6. — C'est donc à une remise en cause du domaine *respectif* traditionnel des deux méthodes du droit international privé que nous allons procéder. Ce domaine traditionnel est évoqué par les termes mêmes de conflit de lois et de conflit de juridictions. L'origine du premier type de problèmes est la mise en cause (2), à propos de l'appréciation d'un rapport juridique, d'une *loi* étrangère; son aboutissement est l'application d'une *loi* (loi du for ou loi étrangère). Par « loi » il faut entendre, semble-t-il, non seulement la loi au sens formel, mais aussi bien un règlement, une coutume ou une solution jurisprudentielle. L'origine du second type de problèmes est la mise en cause, devant le juge français, d'un *jugement* étranger; son aboutissement est l'introduction, ou le refus d'introduction, de ce *jugement* dans l'ordre juridique du for.

Ainsi, l'opposition faite par le droit international privé positif entre conflit de lois et conflit de juridictions traduit l'opposition

(1) Rouen, 27 juin 1967, *Gaz. Pal.*, 1967.2.98.

(2) Nous employons à dessein cette expression imprécise, dont nous indiquons plus tard la signification exacte.

qui existe en droit interne entre loi et jugement. Cela semble de prime abord raisonnable. S'il est vrai que la loi et le jugement sont les deux phénomènes primaires, irréductibles l'un à l'autre, par lesquels le droit se manifeste aux yeux du juriste, il est naturel que le droit international privé prenne en considération leur opposition. Mais il n'est pas sûr qu'il soit légitime d'en faire la *summa divisio* dont doit dépendre sa méthode. La loi et le jugement s'opposent en droit interne suivant le schéma suivant : le juge applique la loi dans un cas déterminé (ou la « réalise » suivant l'expression de Motulsky) (1). Or si l'on envisage maintenant, du point de vue du juge du for, la loi et le jugement *étrangers*, l'opposition est moins sensible. Les rapports entre le jugement et la loi — qui permettent de les opposer — sont intéressants à considérer au stade de l'élaboration du jugement. Mais c'est un jugement *déjà élaboré* à l'étranger que l'on soumet au juge français.

Et l'examen, en vue de résoudre la question de l'efficacité du jugement, de la façon dont il a appliqué la loi n'est qu'un élément de contrôle parmi d'autres ; c'est même un élément secondaire puisque la plupart des systèmes de droit international privé l'ont plus ou moins complètement supprimé (2).

Par rapport au juge français, le jugement étranger n'apparaît donc plus dans la dépendance exclusive de la loi. Loi et jugement se présentent seulement comme deux types de dispositions juridiques, dont les différences ne sont pas nécessairement déterminantes à l'égard du choix de la méthode.

7. — En vérité, il ne suffit pas que des dissemblances importantes séparent deux catégories de dispositions juridiques, pour que l'on puisse en conclure qu'elles sont régies par une méthode différente. Il faudrait savoir quels caractères sont déterminants par rapport à l'objet de la recherche. Il existe nécessairement un lien logique entre la teneur de la méthode et la nature des dispositions à propos desquelles il faut l'utiliser. C'est la constatation fondamentale dont nous devons partir.

Mais la découverte de ce lien logique ne peut se faire par un raisonnement déductif, faute de vérité scientifiquement démontrée à la base. En effet, la recherche des caractères des dispositions juridiques, qui sont de nature à motiver le choix de la méthode applicable en droit international privé, implique une certaine analyse des méthodes employées en droit positif ; mais, inversement, les méthodes qui sont ou devraient être utilisées en droit international privé sont fonction de l'analyse des divers types de dispositions que l'on peut distinguer.

Notre raisonnement ne peut donc être qu'inductif ; c'est-à-dire

(1) *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948.

(2) Pour un aperçu du droit comparé sur ce point, v. F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973, nos 466 à 471.

que nous allons procéder, à partir de l'observation de la réalité juridique positive, à la détermination d'une *hypothèse* qui devra ensuite être *vérifiée*.

8. — Reprenons, à cette fin, l'analyse des deux méthodes que connaît le droit positif, en les appliquant à un cas concret imaginaire. Soit le problème de la validité du mariage contracté entre X..., Français, et Y..., Hollandaise, en Allemagne. Il est allégué, devant un juge français, que Y... était trop jeune au moment de la célébration. Quelle loi va régir la relation soumise au tribunal ? On peut songer, *a priori*, aux trois lois française, néerlandaise et allemande. De chacune peut être déduite, en fonction des données de l'espèce, une solution. Il est *logiquement impossible*, même si les trois solutions concordent, d'appliquer cumulativement les trois lois. Aussi, se pose-t-il au juge un problème de *choix*. Il le résout en appliquant la règle de droit international privé.

Supposons maintenant que le même problème ait été tranché par un juge allemand qui a appliqué la loi nationale de la femme, aux termes de laquelle le mariage est valable, et que l'on requière du juge français d'ordonner un acte d'exécution en France, consécutif à cette validité. Le juge doit se demander si le jugement allemand qui lui est soumis peut avoir des effets en France. Les solutions qui s'offrent à lui sont l'*acceptation* ou le *rejet*. Mais il n'a *pas à choisir* entre plusieurs normes émanant d'Etats différents. Il n'existe pas, sur le problème de la validité du mariage de X et de Y, de disposition individuelle allemande, néerlandaise, ou d'une tierce origine. Si les conditions de l'exequatur sont réunies, le juge du for doit donner effet au jugement étranger. Les conditions auraient peut-être été également remplies par un jugement hollandais ou d'une tierce nationalité, s'il en était intervenu un ; mais le juge n'a pas en principe à s'en préoccuper. Un choix ne deviendrait nécessaire que s'il existait *effectivement* au moins deux jugements différents invoqués devant le juge de l'exequatur.

En résumé, le choix d'une seule disposition parmi plusieurs proposées caractérise le procédé du conflit de lois ; l'absence de choix, la simple alternative entre l'acceptation et le rejet d'une disposition étrangère prédésignée, caractérisent le procédé du conflit de juridictions.

Or, pour qu'il y ait choix, il faut que chaque ordre juridique comporte une disposition susceptible d'entrer en concurrence avec celles des autres pays pour résoudre la question posée. Lorsque les dispositions susceptibles de résoudre la question sont des *règles*, la condition est remplie : dans chaque Etat, les règles ont, en raison de leurs caractères de généralité et d'abstraction, vocation à déterminer le statut juridique de tout individu sous n'importe lequel de ses aspects. Les dispositions juridiques qui ne sont pas des règles, c'est-à-dire celles qui ne sont pas à la fois générales et abstraites, doivent logiquement présenter les caractéristiques contraires, de

sorte que si l'une d'entre elles est invoquée devant le juge du for, elle ne soulève pas en principe de problème de choix.

9. — L'hypothèse que nous pouvons induire de l'observation de la pratique est donc la suivante : la méthode du conflit de lois doit s'appliquer aux règles, la méthode du conflit de juridictions doit s'appliquer à d'autres êtres juridiques, encore mal définis, que nous appellerons — provisoirement en tout cas — des *décisions*. Cette affirmation procède pour l'instant d'une pure intuition ; elle n'a pas de prétention à la vérité scientifique.

Dans une Première Partie, nous vérifions que notre hypothèse est bien exacte, en démontrant que les problèmes de droit international privé doivent être traités suivant la méthode du conflit de lois ou suivant la méthode du conflit de juridictions, selon qu'ils mettent en cause des règles ou des décisions étrangères.

Nous tenterons ensuite, dans une Deuxième Partie, de déterminer comment il serait possible pour le droit positif de tenir compte pratiquement du résultat de notre recherche.

Avant de procéder à la substitution du critère de distinction que nous proposons à l'ancien critère, il est toutefois indispensable de dégager, dans un chapitre préliminaire, les caractères communs aux divers problèmes de droit international privé que les méthodes doivent résoudre. Le domaine respectif de chaque méthode dépend, en effet, non seulement du critère de distinction mais du domaine global des deux méthodes. Ce sera également l'occasion pour nous de préciser sur des points fondamentaux un certain nombre d'options qui se révéleront utiles, tant dans le raisonnement sur le conflit de lois que dans le raisonnement sur le conflit de juridictions.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LES CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES DU PROBLÈME DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

10. — Les caractéristiques générales du problème de Droit international privé résident d'une part dans ses données (Section I), d'autre part dans les termes de son énoncé (Section II).

SECTION I

LES DONNÉES DU PROBLÈME : LA MISE EN CAUSE D'UNE NORME SUBSTANTIELLE ÉTRANGÈRE.

11. — Un problème de Droit international privé apparaît chaque fois que, à propos de l'appréciation de droits ou d'obligations bénéficiant ou incombant à un individu, une norme substantielle étrangère est mise en cause, et seulement dans ce cas.

Il convient de préciser ou de justifier trois éléments de cette proposition : la notion de norme substantielle, l'extranéité de la norme et la mise en cause de la norme.

§ 1. — La notion de norme substantielle.

12. — Une définition précise de cette notion nous est doublement utile. Nous en avons besoin tout d'abord pour déterminer dans quels cas se pose un problème de droit international privé. D'autre part, comme nous avons remarqué que le choix des méthodes dépendait de la nature des normes en cause, il est indispensable, avant de pouvoir les classer en catégories distinctes, de préciser leurs caractères communs.

13. — Nous utiliserons le terme « substantiel » pour qualifier les normes qui ont directement pour objet d'imposer des obligations ou de conférer des droits, et non de définir le mode d'élaboration ou d'application d'autres normes.

La notion de « norme » est plus difficile à définir. Nous adopterons la formule suivante : *est une norme toute disposition émanant d'un organe étatique qui contribue à énoncer les droits et les obligations des individus* (1).

Il y a lieu, dans une certaine mesure, de justifier cette définition, en faisant apparaître son *utilité* dans le cadre précis où nous l'emploierons. Examinons successivement, sous cet angle, le caractère étatique de la norme, et sa fonction de créatrice d'obligations.

A. — LA NORME JURIDIQUE ÉMANE D'UN ORGANE ÉTATIQUE.

14. — Nous n'entendons pas nécessairement, en retenant le caractère étatique, adopter contre les tenants du droit naturel le point de vue des positivistes, qui soutiennent que « l'Etat est l'unique source du droit » (2), et que « la notion de droit naturel n'est pas une notion juridique » (3). Nous voulons simplement traduire cette vérité d'évidence que seule l'existence simultanée de plusieurs systèmes de droit *positif* peut être à l'origine de problèmes de droit international privé.

15. — Les difficultés apparaissent lorsque l'on recherche ce qu'il convient d'appeler un organe étatique. Ce n'est pas le moindre mérite de la *Théorie pure du droit* de Kelsen que d'avoir posé la question et tenté d'y apporter une solution originale. Aussi, bien que nous ne le suivions pas dans ses conclusions, raisonnerons-nous par référence au point de vue qu'il exprime.

Pour Kelsen, « un individu est un organe d'une collectivité parce que et en tant qu'il réalise une conduite attribuable à la collectivité ; et une conduite est attribuable à la collectivité lorsqu'elle est prévue par l'ordre normatif qui fonde cette collectivité, soit comme conséquence, soit comme condition » (4). Cette définition très large englobe non seulement la fonction de création et d'application du droit, mais aussi ce que l'auteur appelle la fonction d'obéissance au droit (*Rechtsbefolgungsfunktion*) (5). Ne retenons que la pre-

(1) Nous employons ainsi le mot « norme » dans un sens très large. Ce n'est pas toujours celui qui est retenu : de nombreux auteurs réservent le terme aux seules dispositions qui présentent un caractère de généralité et d'abstraction. Mais la doctrine française désignant de préférence ces dernières sous le nom de « règles », le terme « norme » reste libre pour l'acception que nous lui donnons, conformément à un usage répandu sinon à l'étymologie.

(2) IHERING, *L'évolution du droit*, 3^e éd. trad. Meulenaere, p. 215.

(3) CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, I, p. 57.

(4) *Théorie pure du droit*, 2^e éd. 1962, trad. Ch. EISENMANN, p. 201.

(5) *Op. cit.*, p. 204.

mière, qui seule nous intéresse. Kelsen constate que dans la langue juridique courante un individu n'est qualifié d'organe de la collectivité que s'il est désigné, directement ou indirectement, pour la fonction qu'il exerce (1). Mais, objecte-t-il, « que les individus qui font des actes juridiques, que les parties qui intentent une action, présentent une requête ou forment un recours selon la procédure juridictionnelle ou administrative, soient considérés comme des « personnes privées » et non comme des « organes de la collectivité », ... ce n'est pas le contenu de leurs fonctions qui peut le justifier. Car ce contenu de la fonction est le même dans les deux cas : à savoir la création de normes juridiques » (2). Kelsen définit donc l'organe par la norme, et non la norme par l'organe. La norme est pour lui « la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée » ; il la distingue nettement de l'acte de volonté qui la pose : « La norme est un « devoir être » (*Sollen*), alors que l'acte de volonté dont elle est la signification est un « être » (*Sein*) ». (3).

De la sorte, la validité d'une norme (c'est-à-dire son existence en tant que telle) ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme, dite supérieure. Il faut qu'une norme ait ordonné aux sujets d'obéir aux actes de volonté d'un individu ou d'une assemblée, pour que ces actes aient la « signification objective » de normes. Par exemple, on doit obéir à son père, parce que l'un des Dix Commandements l'a ordonné ; on doit obéir aux Dix Commandements, parce que Dieu l'a ordonné. On doit obéir aux lois qui émanent du Parlement, parce que la Constitution l'ordonne.

Dans ces conditions, tout individu devient un organe créateur du Droit lorsqu'il exprime une volonté qu'une norme supérieure l'oblige ou oblige d'autres à respecter : « L'acte juridique-type est le contrat. Dans un contrat, les parties contractantes conviennent qu'elles devront se conduire l'une à l'égard de l'autre d'une certaine façon. Ce devoir, ce *Sollen*, est la signification subjective de l'acte juridique. Mais il est aussi sa signification objective. C'est-à-dire que cet acte est un fait créateur de normes juridiques si et en tant que l'ordre juridique confère à ce fait cette qualité ; et il lui confère cette qualité en faisant de l'accomplissement du fait-acte juridique suivi d'une conduite contraire à l'acte, la condition d'une sanction civile » (4).

16. — Nous ne pouvons adopter une définition aussi large de l'organe étatique. Si nous prenons tout d'abord en considération l'utilité de la définition pour notre propos, nous devons certainement

(1) *Op. cit.*, p. 207.

(2) *Op. cit.*, p. 199.

(3) *Op. cit.*, p. 7.

(4) *Op. cit.*, p. 343. Dans le même sens, BRÊTHE DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE, *Introduction à l'étude du Droit*, n° 209.

rejeter celle que propose Kelsen, pour la raison qu'elle inclut les actes juridiques privés dans l'ensemble des normes. En effet la détermination de l'Etat qui donne à l'acte de volonté — une loi, un jugement (1) par exemple — sa signification objective de norme est immédiate, et c'est en fonction d'elle que, dans les litiges internationaux, le juge décide de prendre la norme en considération ou non : il applique une loi étrangère *parce qu'elle est celle de tel pays*, il donne l'exequatur à un jugement étranger *parce qu'il émane de tel pays*. Mais supposons que l'on soumette au juge un contrat conclu en France entre un Français et un Anglais, relativement à une livraison de marchandises en Angleterre : il lui est impossible de déterminer l'Etat dont les auteurs du contrat sont censés avoir été les organes. Le problème se présente donc de manière fondamentalement différente.

Même si l'on dépasse le point de vue utilitaire, la thèse de Kelsen est critiquable. On peut, certes, légitimement établir un parallèle entre les normes qui confèrent aux lois (ou aux jugements, ou aux actes publics) leur validité, et celles qui obligent les parties à respecter leurs engagements contractuels. Mais cela ne doit pas masquer la différence qui existe *entre les actes subjectifs eux-mêmes* : la loi (ou le jugement, ou l'acte public) d'une part, le contrat d'autre part. La loi, par exemple, est élaborée au nom de l'Etat, par un organe spécialement désigné. Par son organe, le Parlement, c'est l'Etat qui s'exprime. Le contrat, en revanche, émane d'individus qui n'ont pas été spécialement désignés à cette fin ; or il n'est pas raisonnable de penser que l'Etat a accordé un blanc-seing général à tous les citoyens pour s'exprimer en son nom.

De plus, comme l'observent justement MM. Marty et Raynaud (2), le raisonnement de Kelsen pourrait, donc devrait, être étendu à tous les faits juridiques, les délits notamment. Celui qui cause un préjudice n'agit-il pas comme organe de l'Etat, puisqu'il crée l'obligation de réparer ?

Il ne faut donc considérer comme organe d'un Etat que les individus ou groupes d'individus *spécialement désignés comme tels*.

17. — De l'affirmation qui précède découlent des conséquences relativement à la composition de l'ensemble des normes.

Les contrats, plus généralement les actes juridiques privés, en sont exclus. C'est à leur sujet que nous avons raisonné pour découvrir la signification la plus utilisable pour notre propos de la notion d'organe.

Il faut aussi écarter les sentences arbitrales, très proches des jugements, mais qui s'en distinguent précisément par le fait qu'elles n'émanent pas d'un organe étatique : les arbitres agissent comme mandataires des parties, non comme organes de l'Etat. Certes,

(1) Le jugement est une norme : v. *infra*, n° 21 à 25.

(2) *Droit civil*, t. I, n° 123-I.

ils exercent une fonction qui en principe est réservée à l'Etat ou à ses représentants, celle de dire le droit, et cela entraîne des conséquences : notamment, on a hésité à conférer la force exécutoire à une sentence arbitrale rendue à l'étranger par des arbitres étrangers de la même manière qu'on la conférerait à une sentence rendue en France par des arbitres français ; on a donc distingué des sentences dites françaises et des sentences dites étrangères. Mais ces qualificatifs impliquent seulement qu'il existe un certain rapport entre la sentence et un pays ; ils ne signifient pas que les arbitres se soient exprimés *au nom* de l'Etat.

B. — LA NORME JURIDIQUE CONTRIBUE A DÉFINIR LES DROITS ET LES OBLIGATIONS DES INDIVIDUS.

18. — Le caractère nécessaire de cet élément de la définition ne fait pas de doute : une norme ne serait pas juridique si elle était sans influence sur les droits et obligations des individus les uns envers les autres. Mais il n'est pas toujours facile de savoir *quelles dispositions* répondent à la définition.

19. — Certaines dispositions étatiques sont à l'évidence créatrices d'obligations ; l'article 1382 du Code civil français qui dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, *oblige* celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer », est certainement une norme.

Mais il n'est pas nécessaire que la disposition prétende créer à elle seule, directement, un droit ou une obligation. Il suffit qu'elle parvienne à ce résultat, une fois associée avec une ou plusieurs autres dispositions.

L'article 2265 du Code civil, par exemple, qui confère la qualité de propriétaire à celui qui possède pendant dix à vingt ans un immeuble qu'il a acquis de bonne foi et par juste titre, ne suffit pas à définir quels comportements sont obligatoires ou quels pouvoirs conférés. Il doit être complété à cette fin par l'article 544 qui définit la propriété comme le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. La combinaison des deux textes peut être ainsi formulée : « Celui qui possède pendant dix à vingt ans un immeuble qu'il a acquis de bonne foi et par juste titre, a le droit d'en jouir et d'en disposer de la manière la plus absolue, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

Nous dirons que constitue un *ordre complet* la norme ou la combinaison de normes qui impose un comportement à un ou plusieurs individus, et un *ordre partiel* la norme où la combinaison de normes qui doit être combinée avec une ou plusieurs autres normes pour donner un ordre complet ; nous appellerons *état de droit* le résultat

de l'application d'une norme quelconque à un individu ; par exemple : « X doit donner 100 F à Y » ; « X est le fils légitime de Y ».

Même une simple définition peut constituer une norme. Si le législateur abrogeait l'article 524 du Code civil, qui définit la notion d'immeuble par destination, les biens qui y sont énumérés devraient être considérés comme des meubles ; par suite, notamment, leurs possesseurs de bonne foi en deviendraient immédiatement propriétaires (art. 2279 C. civ.). Inversement, toute disposition qui traite du régime des meubles ou des immeubles est une norme, bien qu'elle n'ait de portée précise que combinée avec les définitions des articles 517 à 526 du Code.

20. — La définition de la norme que nous avons adoptée s'applique aussi bien aux dispositions *individuelles*, c'est-à-dire à celles qui ont pour sujet un ou plusieurs individus nominativement désignés, qu'aux dispositions générales. Le décret qui attribue à un individu la nationalité française lui confère des droits et des obligations : il constitue donc une norme.

La doctrine française dans son ensemble est cependant hostile à l'inclusion de dispositions individuelles dans l'ensemble des normes ; seuls quelques auteurs font exception (1).

S'il existe ainsi une tendance à ne voir dans le droit objectif qu'un ensemble de prescriptions générales de l'Etat, c'est, pensons-nous, parce que cela permet de l'opposer de manière simple aux droits subjectifs, définis comme les diverses applications individuelles des normes. On fait coïncider l'antithèse de l'objectif et du subjectif avec l'antithèse du général et du particulier.

En réalité l'opposition entre droit objectif et droit subjectif est celle de l'énonçant et de l'énoncé. La norme (élément du droit objectif) est un ordre, et le droit (ou l'obligation, ou plus largement l'état du droit) est ce qui est ordonné. Toute disposition portant en soi un ordre est une norme. Lorsque le Parlement décide de dispenser les héritiers d'un grand homme d'Etat du paiement des droits de succession, il pose une norme. Mais on a confondu — niant ainsi son existence — la norme individuelle avec l'état de droit qu'elle crée, parce que la proposition dans laquelle elle est exprimée et celle qui décrit l'état de droit qui résulte d'elle sont identiques dans leurs termes (en l'espèce : « les héritiers de M. X sont dispensés de payer les droits fiscaux afférents à leur part dans sa succession »).

Même les partisans de l'inclusion des normes individuelles dans le droit positif n'évitent pas toujours la confusion. Pour R. CAPITANT, par exemple, « la célèbre distinction du droit objectif et du droit subjectif traduit la distinction des règles de droit objectives (= gé-

(1) Ce sont notamment R. CAPITANT (*L'impératif juridique*, p. 58 et s.) et BRÊTHE DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE (*Introduction à l'étude du Droit*, p. 177).

nérales) et des règles de droit subjectives (= individuelles)» (1). On conçoit dans ces conditions que Capitant n'ait pas convaincu la doctrine de se rallier à son point de vue.

Bien que notre définition de la norme soit particulièrement large, il peut sembler qu'elle n'englobe pas deux catégories de dispositions : les jugements et les actes publics. Un examen attentif révèle cependant la fausseté de cette impression.

a) Jugements.

21. — L'hostilité de la doctrine en général, et spécialement de la doctrine française, à l'égard de la notion de norme individuelle s'alimente d'arguments supplémentaires lorsque la prétendue norme est un jugement. Un jugement consiste en effet toujours en l'application d'une norme générale à un cas particulier. Il ne semble donc pas avoir une valeur normative distincte de celle de la norme qu'il applique. Ainsi M. Dabin (2), tout en reconnaissant que le jugement ajoute un impératif nouveau, estime que si l'application d'une règle générale est individuelle, elle n'en constitue pas pour autant une « règle » (mot qui, pour M. Dabin, signifie « norme ») « individuelle ».

En réalité, le jugement ne se confond pas avec l'application de la norme. Le juge ne se contente pas de déterminer, comme pourrait le faire un juriste quelconque, la solution que comporte le litige, compte tenu des normes applicables et des faits établis ; il *impose* cette solution. Il y a deux stades dans le processus judiciaire. Le juge commence par appliquer les normes générales en fonction des faits qu'il estime établis ; mais en elle-même cette opération est purement intellectuelle ; la loi ne lui attache aucune conséquence. Puis, en considération du résultat de cette opération, le juge édicte l'état de droit invoqué par la partie à laquelle il donne gain de cause. C'est à cette seule sentence que doit être réservé le terme « jugement » (3).

Soit par exemple un préjudice de 100 causé à X par la faute de Y. L'obligation qui se déduit de la norme applicable en fonction des éléments de fait de l'espèce s'énonce dans la proposition : « X doit payer 100 à Y ». Si un tribunal est saisi du litige, il doit en principe, après avoir déterminé que « X doit payer 100 à Y », énoncer le jugement : « X doit payer 100 à Y ».

Il n'y a d'ailleurs pas nécessairement coïncidence entre la proposition qui énonce l'état de droit résultant de l'application de la norme générale, et le jugement ; le juge n'est pas infallible ; il peut ordonner que « X ne paie rien à Y », alors que, d'après la norme

(1) *Op. cit.*, n° 67.

(2) *Théorie générale du Droit*, 3^e éd., 1969, n° 81.

(3) Comp. CHIOVENDA (cité par J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse, Paris, 1954, p. 81) : « Le juge n'est pas un logicien, mais un magistrat ».

applicable, « X doit payer 100 à Y ». En cas de divergence effective, il est bien visible que le jugement est autre chose que la norme générale appliquée ; mais la simple *possibilité* d'une divergence devrait suffire à en persuader.

22. — Le jugement étant ainsi distingué de la proposition qui énonce le résultat de l'application de la norme générale, il nous suffit, pour démontrer qu'il est une norme, d'établir qu'il contribue à créer, éteindre ou modifier un droit ou une obligation.

23. — Pour les jugements constitutifs, dispositions étatiques individuelles qui consacrent un état de droit nouveau, cela ne saurait faire de doute.

Il est vrai que certains auteurs, qui nient la distinction entre jugements constitutifs et déclaratifs, ont été jusqu'à affirmer que les jugements constitutifs n'ont d'autre rôle que de reconnaître un droit préexistant (1).

M. Foyer, notamment, écrit (2) : « Le jugement de divorce tire la conséquence de l'adultère, de la condamnation à une peine afflictive ou infamante, ou de l'injure qu'il doit préalablement constater. Le jugement dit déclaratif de faillite tire la conséquence de l'état de cessation des paiements. Le jugement d'interdiction tire une conséquence de l'état d'imbécillité, de démence, ou de fureur ». Mais il ne s'agit pas de conséquences directement attachées par la loi à la réalisation des présupposés (3) en question, et qui seraient seulement constatées par le juge. Elles n'existeraient pas en effet en l'absence d'un jugement. Dans certaines circonstances, cette inexistence apparaît très clairement : ainsi, dans un procès en bigamie, le tribunal refusera de considérer que l'époux remarié et son premier conjoint sont divorcés sous prétexte que l'un des deux a commis un adultère.

Sans doute est-il parfois difficile de savoir si un jugement est déclaratif ou constitutif, dans l'hypothèse notamment des jugements qui fixent le montant des dommages-intérêts délictuels ou qui prononcent une nullité (4). « Mais la difficulté qu'il peut y avoir à reconnaître suivant les cas si un droit est né avant le jugement n'est pas une raison de nier la distinction » (5).

(1) V. MONTAGNE, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements*, thèse, Paris, 1912 ; P. ESMEIN, *Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, thèse, Paris, 1914 ; WEILL, *Contribution à l'étude de l'effet déclaratif des jugements*, thèse, Dijon, 1926 ; Jean FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, Essai d'une définition*, thèse, Paris, 1954.

(2) *Op. cit.*, p. 153.

(3) Sur ce terme, v. *infra*, n° 59.

(4) V. LÉON MAZEAUD, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *Rev. trim. dr. civ.*, 1929, p. 17 et s.

(5) LÉON MAZEAUD, *op. cit.*, p. 41.

24. — Les jugements déclaratifs font davantage difficulté, car ils reconnaissent seulement un état de droit préexistant. Leur rôle, suivant la formule de Léon Mazeaud « est comparable à celui d'un révélateur qui, sur une plaque photographique obscure, fait apparaître l'image invisible, mais déjà imprimée ». Cependant, à moins de les tenir pour inexistant, il faut bien admettre qu'ils ajoutent quelque chose aux règles qu'ils appliquent.

La force obligatoire des jugements est révélée par le fait que les parties qui désobéiraient à leurs injonctions pourraient y être contraintes par l'autorité publique (même si, comme nous l'avons vu (1), le tribunal n'a pas fait une application correcte de la loi : c'est au jugement que l'on doit désormais obéir, et non plus à la loi).

Nous ne confondons pas pour autant force obligatoire (ou valeur normative) et force exécutoire. Il est certes exact qu'en droit français un jugement ne peut avoir l'une sans avoir l'autre. Mais on pourrait concevoir un système dans lequel un permis d'exécuter devrait être obtenu d'une autorité quelconque comme préalable au recours à la force publique. Dans un tel système, les jugements n'auraient pas de force exécutoire ; ils n'en auraient pas moins une valeur normative puisqu'ils pourraient être invoqués auprès de l'autorité administrative en vue de la délivrance du permis d'exécuter.

25. — La force obligatoire ne doit pas non plus être confondue avec l'autorité de chose jugée. Celle-ci n'entraîne que le caractère *indiscutable* du contenu de la norme, que ne présentent ni les actes publics, ni certains jugements.

Certains jugements sont en effet précaires : ainsi, en matière de divorce, les décisions sur la garde des enfants ou sur la pension alimentaire, toujours révocables. Ils sont considérés comme dénués d'autorité de chose jugée. Il n'empêche que tant qu'ils n'ont pas été remis en cause par une nouvelle décision, les parties sont obligées de les respecter, et peuvent y être contraintes.

Même dépourvus d'autorité de chose jugée, les jugements sont des normes.

b) *Actes publics.*

26. — Nous appelons acte public une disposition individuelle qui émane d'un organe non judiciaire et non législatif (agent de l'Administration, notaire, huissier, etc.). Cette catégorie résiduelle se définit donc de façon purement négative, et son contenu manque d'homogénéité. On peut cependant tenter d'y distinguer deux sous-catégories : les décisions administratives, qui consistent en une proposition énonçant en langage clair un état de droit qu'elles imposent ; les actes publics *stricto sensu* (ou actes-formalités),

(1) *Supra*, n° 21.

simples formalités dont la portée juridique est précisée par une norme générale.

Les décisions administratives ne posent guère de problèmes. M. R.-G. Schwartzberg (1) a montré que, bien que contestables et précaires, elles possèdent une force obligatoire, qu'il dénomme « autorité de chose décidée » (2) : « les décisions administratives doivent être immédiatement obéies, elles bénéficient du privilège de l'obéissance préalable » (3); et ceci, même si la décision est irrégulière, tant que l'administré ne l'a pas établi devant le juge.

L'analyse des actes-formalités est plus délicate. Soit par exemple la transcription de la vente, de X à Y, d'un immeuble A (opération effectuée par un conservateur des hypothèques, organe étatique). La portée de cet acte ne s'éclaire qu'une fois appliquée la norme générale qui prévoit l'inopposabilité des transferts postérieurement publiés; le résultat de cette application est le suivant : « les transferts de l'immeuble A du chef de X, dont la transcription sera postérieure, seront inopposables à Y ». C'est un ordre partiel, qui peut lui-même constituer un élément d'un ordre complet si on l'associe avec les règles générales sur les droits des propriétaires : « chacun, et notamment les acquéreurs postérieurs de l'immeuble, devra observer un comportement qui permette à Y de jouir paisiblement de l'immeuble ». L'acte public semble donc jouer exactement le même rôle qu'un simple fait, auquel des normes générales font produire des effets juridiques.

En réalité, l'acte-formalité se distingue du simple fait en ce qu'il émane d'un organe étatique. A nos yeux, il constitue bien une norme, qui possède seulement trois particularités, compatibles avec cette notion. D'une part il n'est pas exprimé sous la forme d'une ou plusieurs phrases écrites ou prononcées en langage courant c'est là une particularité trop formelle pour être déterminante. Ensuite il n'a qu'une portée individuelle : mais nous avons admis l'existence de normes individuelles (4). Enfin, sa force obligatoire n'existe que parce qu'elle est prévue par la norme substantielle qui précise ses effets, alors que celle des jugements par exemple, découle de la règle, non-substantielle, qui ordonne l'obéissance aux actes faits par les juges en leur qualité. Cette différence est seulement la conséquence du fait que les auteurs des actes-formalités n'ont qu'une habilitation limitée (ils peuvent effectuer la formalité) alors que les juges ont une habilitation très large (ils peuvent juger). La formalité, comme le jugement, n'en crée pas moins un état de droit nouveau; la célébration du mariage donne naissance à l'état de mariage comme le prononcé du divorce en marque l'achèvement.

(1) *L'autorité de chose décidée*, Paris, 1969.

(2) Cette autorité n'est pas présentée comme l'équivalent de l'autorité de chose jugée, puisqu'elle n'exclut ni la contestabilité ni la précarité.

(3) *Op. cit.*, p. 57.

(4) *V. supra*, n° 20.

§ 2. — L'appartenance de la norme à un système juridique étranger.

27. — Il existe actuellement une forte tendance à définir le droit international privé par le caractère international des relations auxquelles il a vocation à s'appliquer. Le droit international privé serait « l'ensemble des règles applicables aux seules personnes privées dans les relations de la société internationale » (1), « l'ensemble des règles applicables aux individus dans les relations internationales » (2). Cette définition nous semble à la fois peu évocatrice et trop restrictive.

On peut dire qu'une relation est internationale lorsqu'elle se rattache à plusieurs pays ; soit dans ses éléments intrinsèques (un Français épouse une Anglaise), soit au moment de son appréciation judiciaire (un litige opposant à propos de leur régime matrimonial deux Italiens ayant toujours vécu en Italie est soumis au juge français). Mais la présence d'un élément d'extranéité dans la relation ne soulève de problème que parce qu'elle met en jeu un droit étranger, qui peut être différent du droit français. Lorsqu'il existe sur le point en litige une norme substantielle commune aux Etats concernés, aucun problème de droit international privé ne se pose. Imaginons un litige relatif à la faillite d'un commerçant dont l'activité s'est exercée à la fois sur le territoire de plusieurs Etats des Etats-Unis d'Amérique. La faillite étant du domaine de la loi fédérale (le *Bankruptcy Act*), la juridiction saisie n'aura aucun compte à tenir de l'aspect interétatique du problème. C'est la diversité des systèmes juridiques, et non pas, en elle-même, la diversité des Etats, qui engendre les difficultés que doivent résoudre les normes de droit international privé (3).

(1) H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 2 *in fine*.

(2) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN, *Droit international privé*, 9^e éd., n° 1.

(3) En ce sens, P. VALLINDAS, « La structure de la règle de conflit », *Cours Acad. Droit internat.*, 1960, *Rec.*, t. 101, p. 336-337 : « Ce qu'il y a de commun dans toutes les branches du droit international privé, y compris celle du droit international privé *stricto sensu*, c'est le fait générateur de leur existence et de leur nécessité. Toutes ces branches sont destinées à régler les questions juridiques qui surgissent dans la vie internationale des individus à cause de la *coexistence parallèle* de plusieurs ordres juridiques et d'organes judiciaires, administratifs ou législatifs, fonctionnant à l'intérieur de chacun de ces ordres » (v. également du même auteur, « Droit international privé *lato sensu* ou *stricto sensu* », *Mélanges Maury*, t. I, p. 509-518).

Mieux vaut donc définir, comme le fait M. Francescakis (*Rép. Dalloz de droit internat.*, V° *Droit international privé*, n°s 11 et 26), le droit international privé comme « le droit des relations internationales affectées par la diversité des droits internes ». Mais la précision du caractère international de la relation devrait, à notre avis, être supprimée. V. *infra*, n° 28.

28. — La définition est par ailleurs trop restrictive en ce qu'elle exclut partiellement un des chapitres les plus importants du droit international privé, celui de l'effet des jugements étrangers. Un Français ayant toujours vécu en France invoque contre son conjoint, également Français domicilié en France, et qu'il a épousé en France, un jugement américain prononçant la nullité du mariage. Tous les éléments « concluants » de la relation sont français ; seul le jugement est étranger. La norme qui permet de dire si le juge français doit donner effet au jugement étranger est pourtant, à n'en pas douter, une norme de droit international privé.

29. — Les problèmes régis par les normes de droit international privé sont donc définis par *l'implication d'un ou plusieurs systèmes juridiques étrangers*. En retenant cet élément, nous excluons diverses règles traditionnellement rattachées en France au droit international privé : celles qui sont relatives à la nationalité, à la condition des étrangers, à la procédure et à la compétence dans les litiges internationaux (1). Nous excluons aussi toutes les lois substantielles spéciales aux relations internationales, telles que la règle française qui autorise les clauses d'indexation dans les emprunts internationaux ou celle qui limite la responsabilité du transporteur dans le transport international des marchandises par route (2).

Bien sûr, d'autres définitions, plus compréhensives, sont possibles.

(1) On pourrait certes soutenir, à propos de ces dernières règles, dites règles de compétence internationale directe, qu'elles tiennent compte du rattachement éventuel du litige avec un autre pays, susceptible de justifier la compétence de l'ordre juridictionnel étranger plutôt que de l'ordre juridictionnel français. En fait, la France détermine seulement dans quels cas l'ordre juridictionnel français peut connaître de litiges, compte tenu du lien de la relation litigieuse avec la France. Peu importent les liens que la relation a, ou n'a pas, avec des Etats tiers : la France ne procède en aucun cas à une répartition des compétences entre elle-même et les pays étrangers. Si par exemple la France ne prévoit pas la compétence de ses tribunaux pour prendre des mesures d'assistance éducative à l'égard des mineurs ne résidant pas en France, ce n'est pas en raison de leur résidence dans un pays étranger, mais en raison de leur absence de résidence en France qui les empêche de constituer un danger pour la collectivité française.

(2) A moins que l'on n'interprète ces lois comme excluant la loi normalement désignée par la norme générale de droit international privé. Cette interprétation ne s'impose pas toujours ; il nous paraît significatif à cet égard que l'ensemble le plus important de règles substantielles « de droit international privé », le Code tchécoslovaque du commerce international du 4 décembre 1963, ne soit appliqué par les tribunaux tchécoslovaques que sur désignation par une règle de conflit.

A supposer d'ailleurs qu'une règle substantielle « se veuille » applicable à la totalité des relations internationales, on doit alors dissocier dans la formule employée par le législateur deux normes : la norme substantielle, et la norme de droit international privé qui impose aux tribunaux l'application de la norme substantielle.

On reconnaîtra seulement, avec M. BATIFFOL (« L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest », J., 1973.22), que l'internationaliste doit connaître ces dispositions qui sont à la frontière de sa discipline.

Mais elles ne pourront consister qu'en de simples énumérations ; nous ne voyons en effet aucun critère qui permette de définir synthétiquement toutes les normes que l'on classe dans la catégorie du droit international privé. Nous ne voyons pas, par exemple, quel critère permettrait d'englober dans le droit international privé à la fois les normes substantielles sur les relations internationales et les normes sur les conflits de lois. En effet, parmi les premières, seules pourraient être rattachées au droit international privé celles qui réglementent des relations en *tenant compte* de leur caractère *intrinsèquement* international : car si l'on faisait entrer dans le droit international privé toutes les normes susceptibles de s'appliquer, *entre autres*, à des relations internationales, aucune norme ne devrait être exclue de cette branche du droit. Or, les normes de conflit de lois, quant à elles, s'appliquent parfois à des relations qui ne deviennent internationales que lorsque le juge français en est saisi, qui ne présentent pas en *elles-mêmes* d'élément international dont une norme spécifique puisse tenir compte. La différence est importante. Seules les relations intrinsèquement internationales sont de véritables relations internationales, c'est-à-dire objectivement reliées à plusieurs pays. Les autres sont plutôt des relations *étrangères*, en vertu d'une appréciation subjective de celui qui les contemple ; ce n'est pas leur nature propre, mais le simple fait qu'elles soient soumises à son examen, qui appelle du juge un traitement particulier : il doit tenir compte de leur nature de *relations internes rattachées à un ordre juridique étranger*. Il n'y a donc pas identité entre les relations auxquelles s'appliquent les deux catégories de normes.

Afin de maintenir une certaine unité dans notre travail, nous retiendrons donc seulement les normes qui régissent les problèmes posés par la mise en cause d'une norme étrangère (1).

§ 3. — La mise en cause de la norme étrangère.

30. — Dans quels cas une norme juridique étrangère est-elle en cause ? Toute évaluation de droits ou d'obligations n'a pas un tel résultat : l'application par le juge français de la seule loi française est la situation normale ; l'incompétence des droits étrangers n'a pas en principe à être démontrée. D'un autre côté, il n'est pas nécessaire qu'une norme étrangère soit en définitive appliquée. Il faut donc définir les hypothèses dans lesquelles une norme étrangère est, de façon peut-être provisoire, mais certaine, mise en cause. Nous

(1) M. BOLARD (*La réalisation judiciaire du droit international privé*, thèse, Dijon, 1968, n° 3) estime que l'objet du droit international privé ne peut être défini que par la nature particulière des relations qu'il régit — à savoir selon lui leur nature internationale — sous prétexte que l'objet de toutes les branches du droit serait défini de cette façon. Nous nous demandons comment, dans ces conditions, il définirait le droit judiciaire privé ou la procédure pénale.

en voyons deux groupes : celles où une norme étrangère est invoquée, celles où l'application d'une norme étrangère non invoquée apparaît cependant, *prima facie*, possible.

A. — UNE NORME ÉTRANGÈRE EST INVOQUÉE.

31. — C'est de cette manière qu'est normalement rendue nécessaire l'application des normes de droit international privé relatives à l'effet des jugements étrangers : l'une des parties demande que l'on tienne compte de telle ou telle décision judiciaire émanant d'une autorité étrangère. Mais on peut aussi, à notre avis, faire naître de façon identique un problème de conflit de lois. Supposons que, deux Français ayant contracté en France relativement à un immeuble sis en France, l'un d'eux invoque le droit allemand qui est celui de la nationalité du père de son cocontractant, pour voir prononcer la nullité de la vente. Pour écarter cette prétention absurde, le juge est obligé de dire que la question de la validité d'un contrat n'est pas rattachée à la loi de la nationalité des parents des cocontractants mais à la loi d'autonomie ; ce faisant, il applique une norme de droit international privé, bien que la relation ne présente aucun élément d'extranéité. Il n'y a là rien d'autre que le processus normal d'application judiciaire du droit tel que l'a décrit Motulsky (1). En principe, chaque plaideur devrait alléguer tous les faits propres à fonder sa prétention (Cf. D. 9 sept. 1971, art. 6) et parmi eux le caractère purement français de la relation, qui entraîne, en vertu de la règle de droit international privé, la compétence de la loi française. Mais s'agissant d'une situation normale, le plaideur est *dispensé* de l'alléguer ; il n'est donc pas nécessaire de consulter la règle de droit international privé. Toutefois, si l'autre partie conteste la position implicite de son adversaire, en prétendant qu'une loi étrangère est compétente, il n'est plus possible d'éluder l'application de la règle de droit international privé. Cela reste vrai même si la solution du problème est évidente, en l'absence d'un élément d'extranéité sérieux : le juge ne doit pas invoquer le caractère raisonnable d'une solution lorsqu'il peut invoquer la loi elle-même.

B. — L'APPLICATION D'UNE NORME ÉTRANGÈRE PARAÎT « A PRIORI » RAISONNABLE.

32. — Il se peut que, bien qu'aucun droit étranger n'ait été invoqué, la norme de droit international privé doive être consultée. Il en est ainsi chaque fois que l'application d'un droit étranger paraît *a priori* raisonnable.

(1) *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948.

La solution est certaine en matière de conflit de lois : lorsque la relation présente un élément d'extranéité « concluant » (ou « relevant ») (1), susceptible de la rattacher à un droit étranger, le juge peut appliquer la norme de droit international privé (2). Mais on peut la concevoir aussi en matière de conflit de juridictions : le juge invoquerait lui-même un jugement étranger antérieurement rendu, dont il aurait connaissance ; encore que la question soit discutée, la combinaison des solutions apportées par deux arrêts de la Cour de cassation semble y autoriser le juge (3).

SECTION II

LES TERMES DU PROBLÈME : LA DÉTERMINATION DES NORMES DONT L'ORGANE D'UN ÉTAT DONNÉ DEVRA DÉDUIRE LE DROIT.

33. — Les problèmes de droit international privé, soulevés par la mise en cause d'une ou plusieurs normes étrangères à propos de l'évaluation des droits ou obligations d'un individu, consistent toujours à déterminer les normes que les organes d'un Etat donné, supposé saisi, devront prendre en considération pour procéder à cette évaluation.

Deux éléments sont à préciser dans cette formule : le fait que le problème ne peut être posé qu'en supposant saisi l'organe d'un Etat donné, et le fait qu'il consiste pour cet organe en la détermination des normes dont il déduira le droit.

(1) Cf. BOLARD, *op. cit.*, n° 26 et s. M. Bolard précise que « c'est l'extranéité d'un fait concluant au regard du droit interne qui doit... être retenue » (n° 28).

(2) Cass. civ., 2 mars 1960, J., 1961.408, note Goldman, J.C.P., 1960.II.11734, note Motulsky, R., 1960.97, note H.B.

(3) Cass. civ., 8 janv. 1963, D., 1963.341, note Ph. M. ; J., 1963.1032, note Ponsard ; R., 1963.109, note G. H., et Cass. civ., 15 mai 1963, J., 1963.1016, note Malaurie ; J.C.P., 1963.II.13365, note Motulsky ; R., 1964.532, note Lagarde. Le premier impose au juge « le devoir de vérifier si la décision pour laquelle l'exequatur est demandé ne heurte pas la chose jugée par un jugement dont l'autorité a été reconnue en France ». Du second peut se déduire le caractère d'ordre public (au sens procédural) de l'exception de chose jugée en France dans les relations internationales (en ce sens MOTULSKY, note précitée). Les deux arrêts ont été rendus à l'occasion d'une demande d'exequatur d'un jugement étranger ; mais l'obligation d'opposer l'exception de chose jugée à l'étranger pourrait concerner une instance portant directement sur le fond de l'affaire.

Le motif qui rendrait raisonnable la prise en considération du jugement ne serait pas le caractère international de la relation, mais la simple *existence* de la norme étrangère : v. *infra*, n° 226.

**§ 1. — Le problème ne peut être posé
qu'en supposant saisi l'organe d'un Etat donné.**

34. — Tout problème de droit peut venir à l'esprit de tout individu ; peu importe qu'il ne soit pas lui-même en mesure de le résoudre. Mais l'individu ne peut pas se poser la question : « Quel est l'Etat dont les normes doivent dicter mon comportement ? », sans préciser : « ... au regard des organes de tel Etat ». C'est évident lorsque la situation de droit privé est en elle-même purement interne : deux époux italiens ayant toujours vécu en Italie ne peuvent s'interroger sur la loi applicable à leur régime matrimonial qu'en supposant qu'un juge étranger pourrait, pour une raison ou pour une autre, être saisi du problème. C'est encore exact lorsque la situation est intrinsèquement internationale. On l'a nié dans ce cas, il est vrai : « Quel que soit le pays où il demeure, écrit M. Maridakis, l'homme doit conformer sa vie extérieure aux règles qui régissent la vie sociale. Ces règles sont les règles établies dans chaque Etat. En conséquence, l'homme doit conformer sa conduite aux règles de vie commune qui sont en vigueur dans un Etat déterminé. Pour découvrir quel est cet Etat, l'homme a recours aux règles de droit international privé » (1). L'individu serait donc le destinataire de normes de droit international privé ; ces normes, se combinant avec les règles substantielles, lui préciseraient le contenu de ses droits et de ses obligations.

35. — Mais cette affirmation néglige le fait que les normes de droit international privé ne sont pas universelles. Imaginons le cas d'un Français qui, à 20 ans et demi, a contracté en Suisse une obligation. En est-il ou non débiteur ? La question ne comporte pas de réponse, ou en comporte plusieurs : il est débiteur d'après la règle substantielle suisse fixant à 20 ans la majorité civile (art. 14 du Code civil), désignée par la règle suisse de droit international privé (art. 7 b de la loi fédérale du 25 juin 1891), il ne l'est pas d'après la règle substantielle française désignée par la règle de conflit française. *Un observateur, neutre par hypothèse, ne peut choisir.* La question ne peut donc être formulée qu'ainsi : « quelle norme appliquerait un juge français (ou suisse, ou espagnol...) s'il était saisi de la question ? »

La même remarque vaut en matière de conflit de juridictions. Un Français domicilié en Angleterre est déclaré incapable par un juge anglais, pour un motif inconnu du droit français. L'individu est incapable pour tout juge anglais ; il est capable pour un juge français parce que le jugement étranger, n'ayant pas appliqué la loi nationale, mais la loi du domicile, est à ses yeux dénué d'efficacité. La question de savoir si une incapacité résulte effectivement

(1) « Introduction au droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1962, *Rec.*, t. 105, p. 385.

du jugement n'a donc pas de sens dans l'absolu. Elle n'a de sens que si l'on précise à quelle autorité étatique on envisage de la poser (1).

36. — Le juge n'est d'ailleurs pas le seul organe étatique qui puisse être confronté avec un problème de droit international privé. Les officiers de l'état civil sont parfois conduits à appliquer des normes de droit international privé. Néanmoins, dans l'immense majorité des cas, c'est au cours d'un litige que le problème se trouve posé ; nous raisonnerons donc par la suite essentiellement dans cette éventualité.

§ 2. — Le problème consiste, pour l'organe saisi, à déterminer, en fonction de l'Etat dont elles émanent, les normes dont il déduira le droit.

37. — Le problème posé à l'organe saisi, et spécialement au juge, consiste à savoir quelles normes, françaises ou étrangères, doivent constituer une base de déduction pour la solution du cas qui lui est soumis.

Le terme de « déduction » doit être précisé. On enseigne en général que le juge a pour rôle d'*appliquer* la loi. L'application est une opération qui a pour but de passer de la norme générale à la solution individuelle du litige (2). Mais elle n'est qu'un cas particulier de ce que nous appelons la déduction. Celle-ci consiste dans le passage de la norme objective au droit subjectif (ou, plus généralement, à l'état de droit) ; elle peut donc aussi bien se faire à partir d'une norme individuelle que d'une norme générale. Dans le premier cas, l'opération est très simple : de la norme (un jugement étranger, par exemple) : « X doit 100 à Y », le juge déduira que X doit 100 à Y.

38. — Notre définition des termes du problème de droit international ne va pas de soi. Elle implique à la fois que les normes étrangères restent extérieures à l'ordre juridique du for et que,

(1) Cela n'empêche pas qu'un particulier puisse, en dehors de tout procès, déterminer la conduite qui entraînera la réalisation du but qu'il souhaite selon la probabilité la plus forte. Il lui faudra pour cela consulter les systèmes de droit international privé des divers Etats qui, par leurs organes judiciaires et de contrainte, sont susceptibles d'être conduits à apprécier cette conduite et à la sanctionner. Comp. F. RIGAUX, *Droit international privé*, nos 26 à 31. Contrairement à cet auteur, nous ne concluons pas pour autant qu'il existe, à côté du processus étatique, un processus non étatique de solution des problèmes de droit international privé. Il ne peut y avoir qu'une prédiction individuelle relative à des solutions étatiques, de même qu'il peut y avoir une prédiction extrajudiciaire sur l'application des règles de procédure civile sans que de ce fait les problèmes de procédure perdent leur caractère essentiellement judiciaire.

(2) Motulsky parle de « réalisation » du droit, qu'il définit ainsi : « la tentative de penser un cas particulier comme contenu dans une règle de droit, et la constatation du résultat, positif ou négatif, de la recherche » (*Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948, p. 45).

nonobstant ce fait, le juge peut les prendre en considération pour élaborer son jugement. En cela elle se heurte à diverses opinions qui assignent à la norme de droit international privé le rôle d'introduire les normes étrangères dans l'ordre juridique du for, soit directement, soit par la création de normes substantielles de teneur identique.

Il faut examiner séparément le cas où la norme étrangère mise en cause est une loi, et celui où elle est un jugement ou un acte public.

A. — LA NORME MISE EN CAUSE EST UNE LOI.

39. — Pour la majeure partie de la doctrine italienne, tout ordre juridique est exclusif en ce sens qu'il « exclut le caractère juridique de ce qui ne rentre pas en lui-même » (1). Les auteurs italiens en tirent la conséquence que le juge ne peut prendre en considération une loi étrangère qu'après que celle-ci a été « incorporée » dans le droit du for (2).

S'il en est ainsi, la norme de droit international privé a donc pour objet de faire le départ entre les lois étrangères qu'il convient à l'ordre juridique du for de s'incorporer, et celles qui doivent lui rester extérieures.

40. — Ce point de vue méconnaît qu'il existe dans la loi non seulement un aspect impératif — qui effectivement ne s'impose pas au juge étranger — mais aussi un élément rationnel que tout juge peut prendre en considération dans le raisonnement qu'il effectue pour trouver la solution du litige (3).

Certes, le juge ne doit appliquer les normes que sur l'ordre d'un législateur ; mais si, en général, cet ordre est donné par l'auteur de la norme substantielle, il n'y a aucune impossibilité qu'il émane, lorsque le litige soulève un problème de droit international, d'un législateur différent.

B. — LA NORME MISE EN CAUSE EST UN JUGEMENT OU UN ACTE PUBLIC.

41. — La doctrine et la jurisprudence française affirment qu'en matière de conflit de juridictions le rôle du juge est de « conférer » ou de « reconnaître » l'autorité de chose jugée aux jugements étran-

(1) R. Ago, « Règles des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1936, *Rec.*, t. 58, p. 302.

(2) Ago, *Teoria del dir. int. priv.*, p. 114 ; PERASSI, « Introduzione al dir. int. priv. », in *Com. e Studi*, IV, 1952, p. 484.

(3) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 328 ; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, p. 110 et s. Pour la démonstration de cette affirmation, v. *infra*, n° 113.

gers, et de donner force exécutoire aux jugements et aux actes publics étrangers.

L'attribution de l'autorité de chose jugée et de la force exécutoire résulterait en principe du jugement d'exequatur; seuls les jugements étrangers constitutifs ou relatifs à l'état et à la capacité des personnes, jouiraient *de plano* en France, sous certaines conditions, de l'autorité de chose jugée.

Nous allons montrer que les normes de droit international privé ne peuvent avoir, et n'ont d'ailleurs en droit positif français, d'autre rôle que d'indiquer aux juges quelles normes individuelles étrangères constituent des bases de déduction dans le litige dont ils sont saisis.

a) Le cas des actes publics et des jugements déclaratifs non relatifs à l'état ou à la capacité des personnes.

42. — La jurisprudence française dominante considère que le tribunal, saisi d'une demande d'exequatur, a pour rôle de conférer à l'acte public et au jugement étranger ce qui leur fait naturellement défaut en France, à savoir la force exécutoire et — pour le jugement — l'autorité de chose jugée, et non de statuer sur les droits et obligations des parties. Le fait que le tribunal de l'exequatur soit toujours le tribunal de grande instance, et non, suivant la nature du litige, un tribunal d'instance, un juge répressif, une juridiction consulaire, etc., milite en ce sens (1).

43. — Malgré cette particularité, il ne nous paraît cependant pas exact de dire que l'autorité de chose jugée (positive ou négative) et la force exécutoire soient conférées par la décision d'exequatur au jugement étranger (*brevitatis causa*, nous ne mentionnerons plus, dans les développements qui suivent, les actes publics).

D'une part, avant même le prononcé du jugement français, le jugement étranger est efficace (2). Certes il ne s'impose pas au juge

(1) Cf. Crim., 24 déc. 1932, D.P., 1933.186, note Nast; S., 1934.1.33, note Niboyet; J., 1933.614, note J. P.; et la jurisprudence citée par MM. Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, n° 730, note 49.

(2) Nous prenons l'expression « être efficace » comme synonyme de « susceptible de constituer une base de déduction ». Le fait qu'un jugement soit efficace ne signifie pas à lui seul qu'il ait force obligatoire ni autorité de chose jugée sur le territoire; la situation est comparable à celle de la loi étrangère « applicable ».

Mme D. ALEXANDRE (*Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris, 1970, n° 154) définit l'efficacité « la possibilité de se prévaloir de la situation juridique découlant du jugement étranger », et cite comme applications les effets de fait, de titre, de juste cause, de force probante. Notre notion est donc différente: pour nous l'efficacité est la possibilité de se prévaloir du jugement étranger lui-même, et les divers effets précités en sont précisément indépendants. Une seule catégorie d'effets est rattachée à la notion d'efficacité à la fois par Mme Alexandre et par nous: ce sont ceux qui sont reconnus aux jugements d'état et de capacité et

français par son élément impératif, mais si le juge constate son existence, et si les conditions posées par le législateur français sont réunies, il est obligé, sur l'ordre de celui-ci, de le prendre pour base de déduction. La situation est exactement la même lorsque la norme soumise au juge français est une loi étrangère. Seulement, cette efficacité est limitée par un impératif *purement procédural* : seul le Tribunal de grande instance saisi d'une demande d'exequatur est qualifié pour tenir compte de l'existence du jugement étranger. Cette restriction est d'ailleurs absolument illogique, tous les tribunaux pouvant appliquer la *loi* étrangère, qui n'est pas plus facile à manier ni moins extérieure au système français de normes. Et la compétence exclusive du Tribunal de grande instance pour connaître des difficultés d'exécution des jugements ne saurait être invoquée, s'agissant de jugement étrangers, qui au surplus ne soulèvent pas nécessairement de telles difficultés (1). En tout cas, une chose est certaine : un jugement étranger répondant aux conditions posées par le législateur français n'est pas par lui-même dénué d'effet en France, *puisque* la solution qu'il contient s'impose à un tribunal français.

D'autre part, l'exequatur une fois accordé, l'autorité de chose jugée et la force exécutoire ne s'attachent qu'au jugement d'exequatur lui-même, non au jugement exequaturé. Celui-ci demeure une norme étrangère ; aucune décision française ne saurait lui faire perdre ce caractère. Son autorité et sa force exécutoire restent nulles au regard de l'ordre juridique français (2). Lorsque la norme étrangère est une loi, nul ne songerait à soutenir que le fait d'être appliquée par un tribunal français lui confère une quelconque auto-

aux jugements constitutifs (v. *infra*, n° 45). Il n'en est ainsi que parce que Mme Alexandre estime à l'instar de M. Jean Foyer (thèse précitée, p. 109 et s.) et à tort selon nous, que respecter les situations créées par ces jugements ne revient pas à respecter les jugements eux-mêmes.

Si nous nous permettons, au risque d'engendrer des confusions, de modifier ainsi la terminologie, c'est parce que Mme Alexandre laisse dans l'ombre les effets les plus importants des jugements. Elle ne distingue que l'efficacité (telle qu'elle la définit), la force exécutoire et l'autorité de chose jugée, qu'elle appelle aussi « caractère indiscutable ». Or l'essentiel est la valeur normative, qui, comme nous l'avons vu, est distincte à la fois de l'autorité de chose jugée (v. *supra*, n° 25) et de la force exécutoire (v. *supra*, n° 24). Un terme est donc à choisir pour signifier « susceptible d'être pris en considération en tant que norme en vue de la déduction du droit ». Le terme « applicable » ne peut s'utiliser qu'à propos de normes générales. Le terme « efficace » convient en revanche, pour les raisons mêmes qui l'ont fait retenir par Mme Alexandre : il n'évoque pas l'élément impératif de la norme, insusceptible de s'imposer aux organes des Etats étrangers.

(1) C'est pourtant la similitude apparente entre problèmes d'exequatur et problèmes d'exécution des jugements français qui est à l'origine de la solution retenue par la loi du 5 juillet 1972 : même juridiction, *et même composition de la juridiction* (elle statue à juge unique) pour connaître des deux types de problèmes.

(2) De même son efficacité procéduralement limitée ne devient pas générale : c'est le jugement français qui sera éventuellement pris en considération par la suite.

rité (1). Pourquoi cette évidence n'est-elle pas ressentie lorsque la norme est un jugement ? Probablement à cause de la confusion déjà signalée à plusieurs reprises entre la norme individuelle et l'obligation qu'elle énonce : on ne voit pas qu'élaborer une norme française dont le contenu est le même que celui d'une norme étrangère, ne revient pas, ne peut pas revenir, à introduire la norme étrangère dans le système français de normes (2).

44. — En réalité, la décision d'exequatur produit des effets analogues à ceux de tout jugement déclaratif (3). Ces jugements constituent, nous l'avons vu (4), une nouvelle source des droits et des obligations des parties. Or, tel est bien le cas de l'exequatur : son prononcé impose, à l'égard des autres juridictions et des organes de contrainte français, la solution du litige que le juge a déduite du jugement étranger (5).

b) *Jugements constitutifs ou relatifs à l'état ou à la capacité des personnes.*

45. — Il est généralement affirmé qu'en France le jugement étranger constitutif, ou relatif à l'état ou à la capacité des personnes, jouit, si certaines conditions sont réunies, d'une *autorité de plano*.

Il ne devrait cependant être question que d'une *efficacité*, résidant dans l'obligation pour le juge de le prendre en considération pour l'élaboration de son propre jugement. Cette efficacité peut se manifester de deux façons différentes : si la demande tend à voir *tirer des conséquences* du jugement étranger, le juge français rend une décision qui consacre la solution qu'il a déduite, entre autres éléments, de ce jugement ; si la demande tend à voir *consacrer la solution* même qui est contenue dans le jugement étranger, la cons-

(1) Même la théorie de la réception formelle ne le soutient pas : pour elle c'est la norme de droit international privé, non le juge, qui confère une autorité à la norme étrangère.

(2) *Contra* : D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, 1970, p. 70, note 3, qui parle de la « pénétration du jugement étranger dans l'ordre juridictionnel français ».

(3) La décision d'exequatur est en général considérée comme constitutive, pour la raison qu'elle confère l'autorité de chose jugée plutôt qu'elle ne la reconnaît » (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 736). En réalité, si le jugement d'exequatur ne reconnaît pas l'autorité de chose jugée au jugement étranger, il ne la lui confère pas non plus. Le jugement étranger reste dénué d'autorité. Seul le jugement d'exequatur possède cette autorité, comme tout jugement, déclaratif ou constitutif. Et si l'on veut dire simplement que l'état de droit promulgué par le jugement français n'« existait » pas en France avant la promulgation (ce qui est très contestable), alors il faut considérer aussi comme constitutifs les jugements français qui appliquent les *lois* étrangères.

(4) *Supra*, n° 24.

(5) Sous réserve de sa remise en cause, si le jugement étranger n'est pas revêtu de l'autorité de chose jugée, et, dans l'hypothèse contraire, de la double limitation de l'autorité de chose jugée aux parties à l'instance en exequatur et — si telle est du moins la solution à l'étranger — aux parties à l'instance initiale.

tation, par le juge français, que ce jugement constitue une base de déduction le conduit, si l'exception de chose jugée est invoquée, à déclarer la demande irrecevable (1).

Mais pas plus que dans le cas où un jugement français d'exequatur est intervenu, une autorité n'est reconnue ou conférée au jugement étranger. Celui-ci ne peut avoir aucun caractère obligatoire en France, même après qu'un jugement français ait consacré la solution qu'il avait adoptée (2); *a fortiori* est-il inexact de dire que le jugement étranger a autorité *de plano* en France. Certes, le juge français lui fera produire des effets rétroactifs en considérant l'état de droit qu'il a établi comme acquis à compter du jour de son prononcé. Mais le même phénomène peut être observé lorsque le juge applique la loi étrangère : ainsi lorsqu'il considère qu'un mariage était nul *ab initio* aux termes de la loi nationale de l'un des époux ; on ne conclut pas pour autant que cette loi avait *de plano autorité en France*.

Le jugement étranger, comme toute norme étrangère, peut seulement constituer, dans son contenu matériel, et s'il remplit les conditions requises, une base de déduction du droit.



46. — La conception du droit international privé que nous avons adoptée est restrictive : elle comprend seulement les problèmes soulevés par la mise en cause, dans un litige, d'une norme étrangère.

Elle permet de définir tous les problèmes que nous retenons à l'aide d'une seule formule : ils consistent dans la détermination, par l'organe saisi, des normes dont il doit déduire le droit, en fonction de leur origine étatique.

Dans cette optique, la décision prise par le juge du for d'appliquer la loi de tel Etat, et celle de conférer l'exequatur à tel jugement étranger, se révèlent moins foncièrement dissemblables qu'elles ne pouvaient paraître au premier abord. Loi et jugement étrangers sont des normes ; tous deux ont pour objet de créer un état de droit ; tous deux restent extérieurs à l'ordre juridique du for, et peuvent seulement constituer une base de déduction pour le juge.

La distinction classique des normes, sur laquelle se modèle la distinction de la méthode du conflit de lois et du conflit de juridictions étant ainsi estompée, la distinction nouvelle en règles et décisions va pouvoir être précisée, tant dans son contenu que dans sa portée en droit international privé.

(1) V. *infra*, le n° 127, sur la question de savoir si le juge peut, ou même doit, soulever d'office l'exception de chose jugée.

(2) V. *supra*, n° 43.

PREMIÈRE PARTIE

**LA DISTINCTION DES RÈGLES
ET DES DÉCISIONS
ET LE CHOIX
DE LA MÉTHODE**

47. — Selon notre hypothèse, il faut utiliser la méthode du conflit de lois lorsque la norme mise en cause est une règle, et la méthode du conflit de juridictions lorsque cette norme est une décision. Il convient à présent de vérifier cette hypothèse.

Pour cela, nous commencerons par préciser la distinction des règles et des décisions (Chapitre I).

Puis, nous déduirons des caractères distinctifs de ces deux types de normes le contenu de la méthode qui convient aux unes et aux autres (Chapitre II).

Enfin, nous confronterons le résultat de ces déductions avec celui auquel parvient le droit positif afin, d'une part, de nous assurer que les deux méthodes que nous aurons déduites de la nature des normes sont bien celles du conflit de lois et du conflit de juridictions, et d'autre part, d'évaluer les conséquences de la modification du critère de répartition des matières entre ces deux méthodes (Chapitre III).

CHAPITRE I

LA DISTINCTION DES RÈGLES ET DES DÉCISIONS.

48. — L'idée de distinguer, à côté des règles, des normes d'un type différent, n'est pas nouvelle. Elle s'impose dès lors que l'on constate l'existence de normes qui ne présentent pas les caractères de généralité et d'abstraction spécifiques des règles. Le mot de « décision » est même parfois employé pour les désigner.

Mais la notion reste imprécise. Ainsi pour M. J. Chevallier (1), « la règle de droit s'oppose à des décisions, voire même à des ordres émanant de la volonté de la puissance étatique et de ses agents et sanctionnés par elle, mais qui ne concernent qu'un seul individu ». Mais cette description ne résout pas tous les problèmes. Ainsi, quel critère permet de distinguer la « décision » de l'« ordre » ? Ou encore, une norme qui s'applique à deux ou plusieurs individus est-elle nécessairement une règle (2) ?

En réalité, aucun intérêt n'est accordé par la doctrine aux décisions en tant qu'éléments d'une catégorie distincte de celle des règles. Alors que la règle de droit fait l'objet d'innombrables études, la

(1) *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, Cours polycopié, Paris, 1966-67, p. 9.

(2) La définition donnée par l'article 189, alinéa 4, du Traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne est malheureusement fort vague : « La décision est obligatoire en tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne ». La décision est opposée au règlement, défini à l'alinéa 2 du même article : « Le règlement a une portée générale », et aux directives (al. 3), adressées aux Etats membres et qui ne les lient que quant au résultat à atteindre. Toutes ces normes peuvent émaner de la Commission ou du Conseil de la Communauté.

La distinction entre règlements et décisions présente deux intérêts. D'une part les règlements deviennent obligatoires après publication au *Journal officiel de la Communauté*, et les décisions après notification à leurs destinataires (art. 191). D'autre part les particuliers ne peuvent en principe former un recours devant la Cour de Justice des Communautés européennes qu'à l'encontre des décisions dont il sont destinataires, et non contre les règlements (art. 173, al. 2). C'est à propos de l'application de ce dernier article que la Cour de Justice a eu l'occasion, comme nous le verrons (*infra*, n° 73) de préciser le critère de distinction des règlements et des décisions.

décision reste traitée en parent pauvre, puisqu'à notre connaissance aucun ouvrage, aucun article ne lui a été consacré.

Notre raisonnement en droit international privé doit donc être précédé d'une étude qui relève en fait de la théorie générale du droit. Il s'agit d'abord de voir suivant quels critères s'opère la classification des normes en règles et décisions, puis de répartir les diverses normes entre ces deux catégories. Nous constaterons au cours de cette recherche que, contrairement à ce dont pourrait persuader une intuition non approfondie, l'opposition entre règles et décisions ne coïncide pas avec l'opposition entre normes individuelles et normes générales : il existe en effet des décisions générales.

SECTION I

LA CLASSIFICATION DES NORMES EN RÈGLES ET DÉCISIONS.

49. — L'intérêt essentiel de cette classification est de faire apparaître ce que sont les décisions et dans quelle mesure elles s'opposent aux règles.

Puisque nous ne pouvons provisoirement définir les décisions que comme « des normes qui ne sont pas des règles », il nous faut d'abord définir les caractères distinctifs de celles-ci.

§ 1. — Les règles.

50. — Pour la doctrine classique, la règle est une norme dont les « caractères extérieurs », suivant l'expression de Roubier (1), sont la généralité et l'abstraction. Deux autres caractères sont discutés : le caractère hypothétique et le caractère coercitif. Ce quatrième aspect n'étant pas particulier aux règles mais commun à toutes les normes, nous envisagerons seulement les trois premiers : la généralité, l'abstraction et le caractère hypothétique.

A. — LA GÉNÉRALITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT.

51. — La généralité se définit par rapport aux sujets de la norme. Pour R. Capitant, une norme est générale lorsqu'elle s'applique à « toute une catégorie d'individus, tous les individus se trouvant dans certaines conditions déterminées ». Telles sont « la plupart des lois et des règlements impératifs adressés à des caté-

(1) *Théorie générale du Droit*, 2^e éd., 1951, p. 24.

gories abstraites d'individus, à tous les citoyens, à tous les étrangers, à tous les riverains de cours d'eau navigables, à tous les usagers des services publics, à tous les commerçants, à telle catégorie de commerçants, etc...» (1). M. Dabin (2) note de son côté : « ou bien la règle s'adresse indistinctement à tous les membres du groupement envisagé (Etat ou communauté des Etats), ou bien elle s'adresse à telle catégorie d'individus ou de personnes, mais déterminée de manière abstraite selon des critères variés : sexe, âge, profession, fonction... La généralité de la règle ne signifie nullement un droit commun uniforme à l'exclusion d'un *ius singulare* propre à des catégories sociales, celles-ci fussent-elles représentées par une personne unique : ainsi le Roi ou le Président de la République ».

La conception de la généralité à laquelle se réfèrent les deux textes cités n'est pas celle que H. Dupeyroux (3) qualifie d'*absolue*, c'est-à-dire celle qui caractérise seulement les règles applicables à toutes les personnes vivant sous l'empire du droit français. De telles règles sont rares ; on peut citer la plupart des dispositions de droit pénal, la règle de l'article 1382 du Code civil... Dupeyroux a montré que la réalisation de la généralité absolue exige « tout un ensemble de conditions soit politiques et sociales, soit juridiques, dont, de longtemps, on ne trouvera guère de traces dans l'organisation positive des collectivités » (4). Les normes que l'on considère habituellement comme générales ne le sont que de manière toute *relative*.

52. — Quel est le critère de la généralité ainsi entendue ? Pour Dupeyroux, la généralité ne peut se définir que de manière négative ; les normes que l'on dit générales sont en réalité des normes *impersonnelles* : « Tandis que la généralité absolue se définissait par la portée véritablement universelle de la loi, la généralité, dans la seconde conception, se définit par l'absence, dans les termes de la loi, d'une détermination de l'espèce ou de l'individu à qui elle doit s'appliquer ; ce qui fait alors le caractère général d'une loi, c'est la forme indéterminée, impersonnelle, qu'elle présente au point de vue de sa rédaction ... » (5).

Cette deuxième conception nous semble parfaitement juste. Sans doute, les sujets de la règle sont toujours déterminables, faute de quoi elle serait, par hypothèse, inapplicable. Sans doute, il arrive qu'un seul individu réponde aux conditions d'application posées, soit par accident (par exemple un monopole s'étant constitué pour exercer une industrie, les règles qui régiront cette activité ne concerneront que lui), soit même par nécessité inhérente au contenu de la loi (ainsi la norme : « le Président de la République préside le

(1) R. CAPITANT, *L'impératif juridique*, p. 58-59.

(2) *Théorie générale du Droit*, 3^e éd., 1969, n° 79.

(3) « Sur la généralité de la loi », in *Mélanges Carré de Malberg*, p. 135 et s.

(4) *Op. cit.*, p. 144.

(5) *Op. cit.*, p. 151.

Conseil des Ministres», ne s'applique qu'à une seule personne à un moment donné). Mais si le ou les sujets peuvent toujours être identifiés au stade de l'*application* de la règle, par la vérification de la conformité de leurs caractères avec ceux qui ont été retenus par elle, en revanche, dans le texte même d'une règle, les sujets ne sont pas individuellement désignés (1).

53. — C'est le plus souvent en le nommant qu'on désigne un individu, et il est donc généralement aisé de reconnaître une norme individuelle.

Cependant, le législateur peut aussi désigner un individu par l'une de ses caractéristiques, par exemple par la fonction qu'il occupe. Il peut donc être nécessaire de rechercher l'intention du législateur pour déterminer s'il a voulu viser spécialement l'actuel titulaire de la fonction, ou bien n'importe quel titulaire. Ainsi la norme : « le Président de la République préside le Conseil des Ministres » est une norme générale parce que le législateur a voulu définir un des attributs de la fonction de Président de la République. En revanche, la norme : « le Président de la République se rendra au cours de l'année en voyage officiel au Dahomey » est de toute évidence une norme individuelle, qui vise le seul Président en exercice au moment de la promulgation de la norme.

Même dans une telle hypothèse, on voit qu'il est facile de distinguer les normes individuelles des normes générales. Mais, pour qu'une norme soit une règle, il ne suffit pas qu'elle soit générale. Il faut aussi — la doctrine est à cet égard unanime — qu'elle soit abstraite.

B. — L'ABSTRACTION DE LA RÈGLE DE DROIT.

54. — « Générale et abstraite » : telle est, pour les auteurs, la règle de droit. Mais l'abstraction, à la différence de la généralité, ne fait guère l'objet de commentaires. Parfois même les auteurs se contentent de mentionner l'abstraction dans l'énumération liminaire des divers caractères de la règle, mais omettent de la citer à nouveau lorsqu'ils étudient spécialement chacun d'eux. Ainsi Roubier (2) commence par affirmer : « Au point de vue de la forme, les caractères extérieurs qui permettent de reconnaître une règle de droit sont, d'une part, le caractère général et abstrait, qui en

(1) Comp. l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes *Zuckerfabrik Watenstedt GmbH c/ Conseil des Communautés européennes*, du 11 juill. 1968 (*Rec.*, t. XIV, p. 595) : « La nature réglementaire d'un acte n'est pas mise en cause par la possibilité de déterminer avec plus ou moins de précision le nombre ou l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte... ».

(2) *Op. cit.*, loc. cit.

fait une règle, et d'autre part la sanction de l'autorité publique, qui en fait une règle de droit»; « Le premier caractère, poursuit-il, à savoir la généralité d'application, doit être étudié à la fois quant aux personnes, quant au temps et quant au lieu ». De l'abstraction, il n'est plus question.

Il semble en fait que pour la plupart, la norme abstraite se reconnaisse à ce qu'elle est adressée à des personnes « remplissant telles conditions » (1). Mais l'abstraction ainsi décrite se confond avec l'impersonnalité, et donc avec la généralité. Or le caractère abstrait de la norme est une notion qui, à nos yeux, diffère de la généralité. Il convient de mieux la cerner, en faisant appel, à défaut des juristes, aux lexicographes.

55. — Un dictionnaire français définit l'abstraction comme « l'action de l'esprit qui considère séparément ce qui n'est pas séparé ni même séparable dans la réalité; le résultat de cette action » (2). Devraient donc être considérées comme abstraites toutes les normes dont les sujets sont identifiés par un ou plusieurs de leurs caractères, isolés et retenus par le législateur.

Mais cette définition est incomplète. Elle conduirait à considérer comme abstraite une norme individuelle qui, au lieu de désigner son sujet par son patronyme, se référerait, par exemple, à un trait de sa physionomie. Cela est manifestement contraire à la notion communément reçue de l'abstraction.

Il y a donc dans la notion d'abstraction quelque chose de plus que le simple fait de dégager un caractère d'un objet. Il faut encore après l'avoir isolé, « ne plus considérer que lui » (3). Or, si certaines normes visent effectivement le caractère sans se préoccuper des personnes qui le présentent, d'autres en revanche visent les personnes à travers leur caractère.

Comme exemple du premier type, on peut citer la norme : « les enfants adoptifs seront assimilés aux enfants légitimes du point de vue de la puissance paternelle ». Les enfants adoptifs, sujets de la norme, sont considérés dans l'abstrait, *en tant qu'ils présentent le caractère retenu*. On peut le vérifier simplement en constatant que la signification de la norme ne change pas si on l'exprime au singulier : « l'enfant adoptif sera assimilé à l'enfant légitime du point de vue de la puissance paternelle ». La possibilité d'employer le singulier montre que la règle ne vise pas primordialement *des personnes* mais s'attache à *un type*.

Dans la seconde hypothèse, la norme a pour objet de régler immédiatement sur un point le sort d'individus dont le caractère retenu n'est qu'un procédé de désignation. A titre d'exemple, on

(1) En ce sens DABIN, *op. cit.*, p. 93.

(2) Paul FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique*, P.U.F., 1962.

(3) LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, 1878; en ce sens LALANDE, *Dictionnaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 8^e éd., 1960.

peut citer : un arrêté ordonnant l'expulsion de tous les occupants d'un immeuble. Il désigne ses sujets concrètement : le caractère retenu (être occupant de l'immeuble) n'a pas d'autre fonction que de définir une collection d'individus, envisagés *en eux-mêmes*. Il n'est pas possible ici de remplacer l'expression « les occupants de l'immeuble » par : « l'occupant de l'immeuble » sans modifier le sens de la norme (1).

56. — La notion d'abstraction est ainsi précisée quant aux sujets de la norme. Mais le même critère peut être appliqué aussi bien à des choses ou à des événements, pris en considération par la norme. Ainsi, dans le premier exemple, les expressions « enfants légitimes », « puissance paternelle », non relatives aux sujets, sont employées abstraitement. La norme : « les donations faites entre époux sont révocables » est également abstraite, bien qu'elle ne contienne aucune allusion à ses sujets, simplement parce que « les donations entre époux » sont envisagées dans l'abstrait. Toujours en vertu du même critère, on dénierait en revanche le caractère abstrait à la norme : « les contraventions commises antérieurement au 20 juin 1969 sont amnistiées ».

On constate qu'une norme peut être abstraite même si certains des événements, des choses ou des personnes qu'elle vise sont considérés de façon concrète. Ainsi la norme : « les propositions et avis du Conseil supérieur de la Magistrature sont formulés à la majorité des voix » est une norme abstraite, bien que le Conseil supérieur de la Magistrature ne soit pas une abstraction. Inversement, une norme peut être concrète bien que la proposition qui l'énonce contienne des termes abstraits : c'est le cas pour la norme : « X doit être assimilé à un enfant légitime du point de vue de la puissance paternelle ».

Il est donc nécessaire de définir non seulement ce qu'est un terme ou un concept abstrait, mais plus précisément ce qu'est une norme abstraite.

Pour ce faire, on peut partir de l'idée qu'une norme est abstraite lorsque la proposition qui décrit son contenu est abstraite. Qu'est-ce donc qu'une proposition abstraite ? La définition doit combiner l'idée d'abstraction (prise en considération du caractère d'un objet) et celle de proposition (expression d'une idée par le procédé du langage) ; nous dirons qu'une proposition est abstraite lorsque l'idée qu'elle exprime est en correspondance avec un caractère qu'elle prend en considération. Ainsi la proposition « le sage ne craint pas

(1) Le droit pénal connaît la distinction, appliquée non à des normes mais à des propos ou écrits privés. Ceux-ci ne sont pas susceptibles de constituer des injures lorsqu'ils sont dirigés contre une collectivité envisagée dans l'abstrait (« les prêtres », « les juifs », par exemple) « parce que, discutant en réalité des idées, plutôt que des personnes, [ils] ne font pas de victimes, du moins de victimes directes » (PATIN, rapport dans l'affaire du *Mensonge d'Ulysse*, D., 1955, p. 289).

la mort » est abstraite parce que l'idée que certains individus n'ont pas peur de la mort est reliée à un caractère : leur sagesse (1).

Cette définition peut être appliquée au cas où la proposition est le contenu d'une norme : *celle-ci est abstraite lorsque l'ordre qu'elle énonce se rattache au caractère retenu* (2).

57. — La relation qui existe entre le caractère et l'ordre ressemble fort à une relation de cause à effet. Lorsque le législateur fixe à l'âge de 21 ans la survenance de la majorité, il ne permet pas seulement de déterminer *qui* est majeur, il indique en même temps *quel type d'événement* provoque la cessation de la minorité ; un individu est pleinement capable lorsque et *parce qu'il* a 21 ans. Ihering (3) avait déjà noté cette particularité de la règle de droit : « la règle : si un fils de famille a contracté un emprunt, il n'est pas tenu en vertu de ce contrat, veut dire, dans la pensée du législateur : il y a, dans la condition particulière du fils de famille, une raison d'exclure sa responsabilité à raison de l'emprunt qu'il contracte ».

Il faut préciser cependant que le lien de causalité peut être négatif, c'est-à-dire qu'il peut s'agir d'un lien concessif. Ainsi lorsque le législateur précise que « la convention contractée par erreur, violence ou dol n'est point nulle de plein droit », il veut dire que la convention est provisoirement valable *malgré* le vice qui affecte le consentement. C'est encore le caractère qui est pris en considération, bien qu'on ne lui fasse produire aucun effet positif.

58. — L'abstraction ne se confond pas avec la généralité, puisque certaines normes générales ne sont pas abstraites. Certes, la généralité et l'abstraction s'opposent toutes deux à leurs contraires par la manière particulière dont le caractère retenu est envisagé par le législateur, mais l'abstraction correspond à une exigence plus précise que la généralité. Il ne suffit pas que le caractère ait été choisi indépendamment de la personnalité du sujet (exigence négative relative à la généralité), il faut aussi qu'il l'ait été en fonction de certains effets à produire, qui lui sont rattachés (exigence positive relative à l'abstraction).

Il existe cependant des rapports étroits entre l'abstraction et la généralité. En effet, une norme ne peut être abstraite que si elle est générale. Si l'on dit « Les Français ont droit au renouvellement de

(1) Un linguiste dirait que le thème de la prédication est une expression prise dans son sens abstrait.

(2) Cela ne signifie pas que la relation entre le caractère et l'ordre doive être *raisonnable*. Une règle peut être discriminatoire, sans perdre pour autant son caractère abstrait. Ainsi la norme : « les individus qui ont les yeux marrons ne pourront être commerçants » heurterait le sens commun et comme telle serait discriminatoire, mais n'en serait pas moins abstraite. Pour qu'il y ait abstraction, il n'est pas nécessaire que le lien entre le caractère et l'ordre (ou l'idée de l'ordre) préexiste logiquement à la norme ; il suffit qu'il soit créé par celle-ci.

(3) *L'évolution du droit*, 3^e éd., trad. Meulenaere, n° 155.

leur bail commercial», l'existence d'un bail commercial et son expiration sont les événements-types dont découle le droit au renouvellement. Si l'on dit en revanche : « X a droit au renouvellement de son bail commercial », les événements qui donnent naissance au droit ne peuvent être considérés comme des types. *Ils sont eux-mêmes individualisés*, et toute abstraction disparaît de la norme.

C. — LE CARACTÈRE HYPOTHÉTIQUE DE LA RÈGLE DE DROIT.

59. — Du caractère abstrait de la règle de droit découle son caractère hypothétique. Puisque l'ordre contenu dans la règle est rattaché à un caractère présenté par une personne, une chose ou un événement, il ne devient effectif que dans l'*hypothèse* où une personne, une chose ou un événement déterminés présentent ce caractère ; ainsi l'article 1382 du Code civil ne produit d'effet que chaque fois qu'une personne a subi un préjudice par la faute d'autrui. C'est très souvent en ce sens que, pour Kelsen, les normes générales sont hypothétiques : « Toutes les normes générales d'un ordre social empirique, les normes générales d'abstention aussi bien que celles d'action, ne peuvent prescrire une certaine conduite que sous des conditions très déterminées... Seules des normes individuelles peuvent être catégoriques, en ce sens qu'elles prescrivent, habilitent ou permettent positivement, une certaine conduite d'un certain individu sans l'attacher à une certaine condition » (1) (2).

(1) *Théorie pure du Droit*, 2^e éd., p. 140. Sur l'existence de normes catégoriques générales, v. *infra*, n° 71.

(2) Pour KUNZ « La primauté du droit des gens », *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1925, p. 556-591, c'est dans un autre sens que la règle de droit est hypothétique : « La règle de droit est un jugement hypothétique de l'Etat à exécuter ou à punir. La conséquence juridique (*Rechtsfolge* — exécution ou peine) est donc un élément essentiel de la règle de droit. Un fait n'est un fait juridique (*Rechtstatbestand*) que s'il entre dans cette relation : fait — conséquence juridique ». Dans cette conception toute norme juridique, même individuelle, est hypothétique. Il arrive d'ailleurs à Kelsen d'employer le terme « hypothétique » dans le même sens (v. par ex. *Rev. droit pub.*, 1926, p. 574 ; « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Cours Acad. Droit internat.*, 1926, *Rec.*, t. 14, p. 243).

Quoi qu'il en soit, que faut-il penser de cette thèse ? Elle a été très vivement combattue par plusieurs auteurs (Maury, R. Capitant, Haesaert), et à juste titre nous semble-t-il, car elle conduit à un cercle vicieux. On doit en effet poursuivre le raisonnement — comme le fait Kelsen lui-même : si c'est la sanction ou la contrainte qui est ordonnée, il faut encore que l'Etat ordonne une sanction pour le cas où la sanction ne serait pas appliquée, et ainsi de suite ; le raisonnement n'a pas de fin, sinon celle que Kelsen lui assigne arbitrairement : « Etant donné que ceci ne peut pas aboutir à une *regressio in infinitum*, la dernière sanction dans cette série ne saurait être ordonnée ; elle ne peut être qu'habilitée » (*Théorie pure du Droit*, p. 35). Ainsi, tout devoir reposerait finalement sur la simple possibilité accordée aux organes de contrainte d'en assurer l'exécution. Mais cette position n'est guère logique. Si Kelsen admet que le législateur peut conférer à certains un *pouvoir juridique* (*Macht*), il doit aussi admettre qu'il peut imposer une *obligation*, ces deux notions ayant la même nature. Pourquoi, par ailleurs, dans un système que son auteur même ne fonde pas

On peut ainsi distinguer l'hypothèse et l'effet juridique (1). D'autres termes ont été employés pour décrire la structure hypothétique de la règle. Roguin a parlé du fait initial et de la prestation (2), Du Pasquier, du fait juridique et du dispositif (3), Korounov de l'hypothèse et du dispositif (4).

Nous préférons garder les termes « hypothèse » et « effet juridique » qui n'encourent ni le reproche d'être exagérément restrictifs, ni celui d'être empruntés à la terminologie judiciaire alors que les jugements, normes individuelles, ne sont pas des règles. Nous utiliserons aussi parfois, à la place du premier, le mot « présupposition » ou « présupposé », à l'instar de Motulsky (5).

Ces éléments de la règle, ainsi que la relation qui les unit, appellent quelques commentaires.

a) Les deux éléments de la règle.

1° L'hypothèse ou présupposé.

60. — L'hypothèse ou présupposé de la règle consiste en une référence à un type de situations.

En général, la situation-type envisagée suppose la réunion de plusieurs éléments. Ainsi dans la règle « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari », le présupposé réunit quatre faits : l'existence d'un enfant né vivant et viable — un lien de filiation établi avec une femme déterminée — le mariage de cette femme antérieurement à la naissance — la conception pendant le mariage.

Le présupposé ne se confond pas avec chacune des situations réelles qui lui correspondent. Soit la règle : « les successions s'ouvrent par la mort naturelle » (art. 718 du Code civil). Le présupposé est : « la mort naturelle » ou : « la survenance de la mort naturelle », considérée dans l'abstrait. « La mort naturelle de X », « la mort naturelle de Y » sont des réalisations de l'hypothèse, elles ne sont pas l'hypothèse elle-même.

Cette simple remarque permet de constater qu'il n'existe pas de différence fondamentale entre les présupposés exprimés en termes

sur la contrainte, mais sur l'existence d'une norme fondamentale, la seule habilitation qui vaudrait en elle-même, et ne serait pas la simple condition d'une norme adressée à d'autres, serait-elle celle qui est conférée aux organes de cette contrainte ?

(1) Cf. DABIN, *Théorie générale du Droit*, n° 60. Hypothèse et effet juridique se traduisent respectivement en allemand par : *Tatbestand* et *Rechtsfolge*. Cf. HENKEL, *Einführung in die Rechts philosophie*, München-Berlin, 1964, § 9, p. 63.

(2) *La science juridique pure*, Paris-Lausanne, 1923, t. I, n° 58.

(3) *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3^e éd., Neuchâtel, 1948, n° 112.

(4) *Cours de Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, 1914, § 24, p. 194.

(5) *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, p. 18. C'est la traduction de l'expression allemande « *Voraussetzung* », employé par STAMMLER (*Theorie der Rechtswissenschaft*, 2^e éd., Halle, 1923, p. 189).

de *fait*, comme dans l'exemple précédent, et ceux qui font référence à un *concept juridique*, comme celui de la règle : « Les dons et legs faits au conjoint d'une épouse succcessible sont réputés faits avec dispense du rapport » (art. 849 du Code civil) (1). Les deux règles appellent au fond les mêmes remarques.

1° *L'hypothèse n'est jamais un fait* puisqu'elle est une partie de la proposition abstraite qui énonce le contenu de la règle. Envisagée dans l'abstrait, la mort naturelle n'est pas plus un fait que ne l'est le concept de libéralité. Seule une réalisation particulière de l'hypothèse (la mort d'une personne déterminée) peut être considérée comme un fait (2).

2° Mais si la règle de droit est une abstraction, elle n'est pas une pure abstraction puisqu'elle est destinée à régir la réalité — le comportement des individus (3). Lorsque le législateur vise « la mort naturelle », il le fait donc en vue de l'application à la mort naturelle de X, de Y, de toute personne vivante ou à naître, dont la date d'ouverture de la succession pourra ainsi être déterminée. De la même manière exactement, s'il fait allusion aux dons et legs, concepts juridiques dont il définit une particularité, c'est en vue de l'application à tout don ou legs qui peut être consenti dans la réalité, c'est-à-dire *tout ensemble de faits*, matériels ou psychologiques (accord des volontés) correspondant à la définition du concept, afin de permettre de déterminer la masse partageable de toute succession. Par conséquent, ce sont toujours des situations de fait concrètes, correspondant ou non à un concept juridique, qui sont visées par les termes abstraits de la règle et dont la réalisation déclenche son application (4).

Les présupposés des deux règles sont donc foncièrement identiques. Simplement, l'expression « la mort naturelle » est employée dans le langage courant, parce que la mort a une incidence non seulement dans le domaine du *Sollen* (par ses conséquences juridiques) mais aussi, et indépendamment, dans celui du *Sein*. Au contraire, les termes « dons » et « legs » sont les dénominations originales attribuées par la science du droit à la réunion de plusieurs faits-types, en vue de leur faire produire une série d'effets juridiques sans lesquels ils n'auraient aucune incidence sur la réalité.

(1) L'hypothèse est : l'existence d'une libéralité consentie par le *de cujus* au conjoint d'un succcessible.

(2) C'est pour cette raison peut-être que Stammler préférerait le terme *Voraussetzung* à celui de *Tatbestand*.

(3) Ce double aspect de la règle correspond à une double fonction (v. *infra*, n° 66, et p. 47, note 1).

(4) C'est surtout le problème de la nature factuelle ou juridique du présupposé de la règle de conflit de lois qui a fait l'objet de discussion en doctrine. On verra (*infra*, p. 104, note 2) que l'analyse qui précède peut aider à le résoudre.

2° L'effet juridique.

61. — Au présupposé sont rattachés un ou plusieurs effets juridiques. Ceux-ci consistent en obligations, en interdictions, ou en permissions.

Parfois ils sont exprimés en un langage qui n'est pas spécifiquement juridique. Par exemple, l'article 659 du Code civil français dispose : « Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté ». Au présupposé (état du mur, volonté d'exhausser), la loi attache deux obligations qui incombent à celui qui prend l'initiative de l'exhaussement. Chaque obligation est décrite matériellement, est exprimée en termes de fait.

Mais souvent, le législateur s'exprime en termes qu'il définit lui-même. Ainsi l'article 1603 du Code civil français impose au vendeur l'obligation de *délivrer* la chose. Le sens de ce terme est précisé dans les articles 1605 et 1606 : la délivrance résulte de la remise des clés, de la tradition réelle ou du consentement des parties. Il s'agit donc toujours de faits, plus précisément de comportements. Avec cette particularité, qui différencie l'effet juridique du présupposé, qu'il s'agit non de faits qui sont (*Sein*) mais de faits qui doivent être (*Sollen*).

L'analyse est plus complexe lorsque le concept à l'aide duquel l'effet juridique de la règle est exprimé se définit à la fois par ses conditions de validité et par ses effets. Ainsi le mariage est « l'union d'un homme et d'une femme, faite dans les formes légales » (1).

Il est théoriquement possible de ne pas mentionner un tel concept dans la rédaction de la règle, en rattachant directement tous ses effets à l'ensemble de ses conditions de validité. Ainsi les effets juridiques attachés à la réunion des conditions détaillées aux articles 144 à 171 du Code civil (existence du consentement, exogamie, etc.) sont les obligations détaillées aux articles 212 à 226 : devoir de fidélité, de secours, d'assistance, obligation de contribuer aux charges du mariage, etc. Il s'agit toujours de comportements qui sont, en vertu de la règle, rendus obligatoires lorsque certains faits se sont produits. Il est toutefois plus pratique de considérer que l'existence du mariage est à la fois l'effet juridique des règles relatives aux conditions de validité et le présupposé des règles relatives aux effets. Cela permet de résoudre séparément le problème de la validité d'un mariage et celui de ses effets, et le cas échéant, d'appliquer à chacun d'eux une législation différente.

(1) LAROUSSE, *Grand Dictionnaire universel*.

b) *La relation entre les deux éléments.*

62. — Le présupposé et l'effet juridique forment, par leur réunion, une relation que pose la règle et qui se caractérise par sa durée et par sa nature.

1° *Durée.*

63. — La relation établie entre l'hypothèse et l'effet juridique présente nécessairement une certaine durée. En effet, l'hypothèse, mérite ce nom parce qu'elle n'est pas l'affirmation d'un fait, mais la mention de la survenance future et éventuelle d'un nombre indéterminé de faits, dont les caractères sont définis. Elle est donc une anticipation sur ces faits. A compter de la promulgation de la règle et tant qu'elle n'a pas été abrogée, un fait peut à *tout moment* présenter les caractères requis et déclencher ainsi l'effet juridique.

C'est cette particularité que l'on traduit généralement en disant que la règle est *permanente*. Ce terme signifie qu'il sera possible, tant que la règle n'aura pas été abrogée, d'opérer à partir d'elle des déductions nouvelles (1). Les lois d'amnistie constituent des exemples de normes non permanentes, quoique générales (2) : il suffit qu'elles aient existé un instant pour que leur effet, et tout leur effet, soit produit. Elles ne laissent pas place à la « fluctuation potentielle du nombre des intéressés » qui selon Fuss (3) caractérise les règles. Un corollaire de la permanence des règles est le fait que lorsqu'on les abroge, leurs effets déjà acquis sont en principe maintenus ; tandis que l'abrogation d'une norme non-permanente ne peut avoir d'autre signification que la mise à néant de ce qu'elle avait décidé.

2° *Nature.*

64. — Si on désigne par A le présupposé et par B l'effet juridique, on peut écrire en général que la relation posée par une règle est de la forme : « A entraîne B ». C'est une relation de cause à effet, ou, si l'on veut souligner que l'effet n'est pas un « *sein* » (comme dans une loi de Physique) mais un « *sollen* », une relation d'imputation (« *Zurechnung* ») (4).

(1) Le terme n'est peut-être pas très heureux, car il évoque une idée d'éternité alors que tôt ou tard la règle sera abrogée. Cela étant, il ne nous paraît pas exact de dire, comme le fait Roubier (*op. cit.*, p. 28), que les règles « dont la durée d'application est restreinte d'avance par le législateur », telles les lois applicables seulement « pendant la durée de la guerre » ne sont pas permanentes ; peu importe en effet que la date d'abrogation de la règle soit prévue à l'avance ou non. Si l'on admet de dire d'une règle qu'elle est permanente, il faut le dire de toutes.

(2) Nous avons vu (*supra*, n° 56) qu'elles ne sont pas non plus abstraites.

(3) « Allgemeiner Rechtsatz und Einzelakt », *Die öffentliche Verwaltung*, 1964, p. 522 et s.

(4) Cf. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 113.

65. — Les relations d'imputation posées par les règles sont plus ou moins rigoureuses.

Le modèle le plus strict est celui où le présupposé entraîne nécessairement la conséquence, et où la conséquence ne peut découler que du présupposé. Un exemple en est fourni par l'article 312 du Code civil français : « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ». La conception pendant le mariage est la cause nécessaire, et, si l'on fait abstraction de la légitimité précaire de l'article 314, la seule cause possible, du lien de filiation légitime entre l'enfant et le mari de la mère.

En général, le présupposé est la cause nécessaire, mais non la seule cause possible, d'où découle la conséquence. D'après l'article 1382 du Code civil français, par exemple, la survenance d'un préjudice oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. C'est une conséquence nécessaire, mais il existe d'autres hypothèses dans lesquelles prend naissance une obligation de réparation.

Parfois, quoique plus rarement, le présupposé est une cause à la fois non-nécessaire et non-unique. Il en est ainsi dans le cas de la règle énoncée par l'article 180 alinéa 2 du Code civil français : « lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur ». D'une part, l'effet juridique, c'est-à-dire l'impossibilité d'attaquer le mariage, n'est pas la conséquence nécessaire du présupposé : il se peut qu'il existe d'autres causes de nullité, plus largement invocables ; d'autre part l'impossibilité d'attaquer le mariage est la situation normale, qui se présente même si l'hypothèse n'est pas vérifiée, c'est-à-dire si le consentement d'aucun des deux époux n'a été vicié par une erreur dans la personne. En fait, la loi ne dispose qu'une seule chose : c'est que l'erreur dans la personne *ne confère pas* à l'époux qui n'a pas été induit en erreur, ni aux parents, alliés, etc., le droit d'attaquer le mariage. Il serait donc juste de schématiser la relation posée non sous la forme « A entraîne B », mais sous la forme : « A *n'entraîne pas* non-B ». Ce n'est pas une relation d'imputation, mais au contraire une relation de non-imputation ou d'*indépendance*.

66. — Le lien posé par une règle est donc de l'une des deux formes : « A entraîne B » (relation d'imputation) ou « A n'entraîne pas B » (relation d'*indépendance*).

On pourra écrire, de la manière la plus générale :

Une règle *pose* et *ordonne* qu'un présupposé A entraîne — (ou n'entraîne pas) — un effet juridique B.

Les termes soulignés mettent en relief la double fonction de la règle qui d'une part, impose, comme toute norme, des comportements, et de plus pose un schéma d'organisation de la vie sociale grâce auquel chacun peut prévoir la portée de ses actions et les diriger

en conséquence (1). Ainsi la règle : « les époux mariés sans contrat préalable sont soumis au régime de la communauté légale » et les règles qui précisent le contenu de ce régime, d'une part, imposent aux époux mariés sans contrat certains comportements (relatifs notamment à la gestion des biens acquis par le ménage, etc.), et d'autre part peuvent inciter ceux qui désirent assurer à leurs biens un sort différent à faire précéder leur union d'un contrat (2).

67. — En conclusion, nous pouvons retenir que les caractères suivants définissent la règle de droit :

- C'est une norme *abstraite*, donc nécessairement *générale*.
- Sa structure est *hypothétique*.
- Elle pose une relation *permanente*.

Le caractère hypothétique est de tous le plus significatif. Il permet en effet à lui seul d'expliquer le rôle particulier des règles dans l'ensemble du système normatif, et de les opposer aux décisions.

§ 2. — Les décisions.

68. — La structure de toute norme qui n'est pas une règle doit être conforme au schéma suivant : elle ordonne *catégoriquement* que tel effet juridique B se produise, ou ne se produise pas. En effet, en tant qu'elle est une norme, elle est impérative. Et en tant qu'elle n'est pas une règle, l'ordre qu'elle promulgue n'est pas rattaché à un présupposé. Nous proposons d'appeler ces normes catégoriques des *décisions*.

Une décision n'étant pas une règle, ne peut être à la fois générale et abstraite. Comme elle ne pourrait être abstraite sans être générale (3) nous pouvons en déduire qu'elle n'est jamais abstraite ; mais elle est parfois générale, puisque les normes générales, n'étant pas toutes abstraites, ne sont pas toutes des règles.

Nous allons vérifier d'abord qu'il existe non seulement des décisions individuelles mais aussi des décisions générales (ou *collectives*). Nous donnerons ensuite quelques indications sur les caractères et le rôle des décisions.

(1) Nous pensons que ces deux fonctions correspondent à celles par lesquelles A. Merkel définit le droit, c'est-à-dire l'enseignement et le pouvoir : « Le droit est caractérisé par son effectivité. Il est effectif... »

1° en tant que doctrine, en nous renseignant sur les limites des sphères de la puissance humaine,

2° en tant que pouvoir, en exigeant et en assurant le respect de ces limites » (*Juristische Enzyklopädie*, 2^e éd., 1900, p. 11).

Mais seules les règles, et non les autres normes, nous paraissent susceptibles de remplir à la fois ces deux fonctions (v. *infra*, n° 75).

(2) La prévisibilité ainsi introduite par la règle ne découle pas de sa généralité, mais de son caractère hypothétique.

(3) V. *supra*, n° 58.

A. — DÉCISIONS INDIVIDUELLES ET DÉCISIONS COLLECTIVES.

a) *Les décisions individuelles.*

69. — Considérons d'abord quelques exemples de normes individuelles afin de dégager leurs caractères :

- célébration du mariage entre X et Y par un officier de l'état civil,
- nomination de X à un poste dans l'Administration de l'Etat,
- expropriation d'un immeuble appartenant à X.

Si nous comparons ces normes aux règles, nous constatons non seulement qu'elles ne sont pas générales mais encore qu'elles ne sont pas hypothétiques. Les ordres sont donnés par l'organe étatique sans que les comportements qu'ils imposent soient liés à un pré-supposé. Certes, si l'ordre est donné, c'est *parce que* l'officier de l'état civil était contraint de déférer à la requête régulière qui lui était présentée (exemple 1), ou *parce que* l'Administration estimait que le fonctionnaire nommé était digne d'occuper le poste (exemple 2), ou *parce qu'elle* estimait opportune la mesure d'expropriation (exemple 3). Aucune norme n'est prise sans motif, celui-ci serait-il absurde ou arbitraire. Mais la cause n'est pas intégrée dans la norme. Celle-ci, formellement, se présente de manière *catégorique*. Elle ne prévoit pas qu'un fait entraînera (ou n'entraînera pas) une conséquence. L'auteur de la norme prend lui-même le fait en considération, et en impose directement la conséquence.

70. — Nous venons de vérifier que certaines normes individuelles sont des décisions. Il est possible d'aller plus loin et de démontrer que toutes les normes individuelles sont des décisions. Pour cela, il suffira de démontrer qu'aucune norme individuelle ne peut être hypothétique : en effet, un ordre qui n'est pas hypothétique est nécessairement catégorique.

Kelsen, dans sa *Théorie pure du Droit* (1), a donné l'exemple de normes individuelles qui, selon lui, sont hypothétiques : « A côté de ces normes individuelles catégoriques, il en est d'hypothétiques, c'est-à-dire qui ne posent telle conduite d'un certain individu comme *gesollt* (obligatoire) que conditionnellement. Ainsi en est-il lorsqu'un tribunal n'ordonne l'exécution forcée contre le patrimoine du débiteur défaillant que pour le cas où ce débiteur ne prêterait pas avant telle date la somme qu'il doit ».

Mais cet exemple est équivoque ; il n'a de valeur, en effet, que si l'on admet la conception selon laquelle l'ordre est adressé non aux particuliers mais aux organes de contrainte. Or peut-être ceux-ci obéissent-ils en fait non au jugement, mais à une norme générale

(1) Précit., p. 141.

et abstraite qui leur ordonne de contraindre les débiteurs à s'acquitter des obligations constatées par jugement. L'hypothèse (l'absence d'exécution volontaire) serait alors posée par la règle, non par le jugement.

Mieux vaut raisonner sur un exemple d'ordre adressé directement aux particuliers. Par exemple une norme individuelle dispensant la veuve d'un homme d'Etat du paiement des droits de mutation afférents à sa succession ne devient effective que *si* la veuve accepte la succession. Mais cette *condition* n'est pas une hypothèse. Nous avons dit que l'hypothèse consistait en « une référence à un type de situations » (1). Or ici l'acceptation de la succession n'est pas un type de situations, mais une situation concrète et individuelle quoique future et non-certaine ; c'est l'acceptation par Mme veuve X de la succession de feu M. X.

b) Les décisions collectives.

71. — Nous avons rencontré, en étudiant les caractères de la règle, des normes générales qui n'étaient pas abstraites.

Reprenons l'un des exemples que nous avons choisis : une loi d'amnistie. Elle retire à certaines contraventions leur caractère punissable, c'est-à-dire qu'elle ordonne aux membres du Parquet de ne pas poursuivre ces infractions. On peut la schématiser ainsi : « Que les membres du Parquet ne poursuivent pas les contraventions commises antérieurement au 20 juin 1969 ». Cette norme est catégorique. Sans doute, la phrase qui l'exprime pourrait être écrite sous la forme conditionnelle : « les auteurs des contraventions ne seront pas poursuivis *si* ces contraventions sont antérieures au 20 juin 1969 ». Mais cette condition n'est pas une hypothèse. Nous avons déjà vu que son rôle est de préciser à qui ou à quoi s'applique la décision (2). Les obligations imposées sont déterminées à l'instant même de la promulgation de la norme. Elles ne dépendent pas de la survenance d'événements qui correspondraient à une hypothèse prédéfinie.

Dans l'exemple choisi, il est impossible que la condition puisse être réalisée à l'avenir si elle ne l'est pas au moment où la décision est prise, puisqu'elle a trait à des événements passés. Dans d'autres cas, la condition peut matériellement se réaliser dans le futur, mais elle n'a alors aucune conséquence juridique. Par exemple, si l'on décide d'exproprier tous les immeubles situés sur un certain emplacement, l'ordre ne s'applique qu'aux immeubles existants au moment où il est donné. Si l'on veut par la suite exproprier les nouveaux immeubles construits au même endroit, il faudra élaborer une nouvelle norme. De même la décision de lever un impôt exceptionnel de solidarité nationale frappant les personnes qui ont perçu

(1) V. *supra*, n° 60.

(2) *Supra*, n° 56.

au cours de l'année écoulée un revenu supérieur à un certain chiffre n'a pas d'effet durable. Les citoyens qui au cours des années suivantes rempliront la condition d'exigibilité ne seront pas pour autant tenus de payer. La condition n'est pas une hypothèse, puisqu'à cette notion est associée nécessairement l'idée de permanence.

Il s'agit donc, dans tous ces cas, de décisions, *collectives* tant par les personnes à qui elles s'adressent que par les objets visés (1).

B. — LES CARACTÈRES ET LE RÔLE DE LA DÉCISION.

a) Caractères.

72. — Ils sont au nombre de trois : la décision est concrète, catégorique et non-permanente.

Il y a peu à dire sur le premier caractère. Il s'oppose au caractère abstrait de la règle : l'ordre contenu dans la décision vise parfois un ou plusieurs individus nommément désignés, parfois une catégorie d'individus, mais il ne définit jamais un type de sujets ou de situations à régir. En raison de ce caractère concret, la décision, si elle utilise parfois des concepts, ne les définit pas : seule la règle, norme abstraite, peut le faire.

Le caractère catégorique, lié au précédent, est plus important. L'ordre catégorique est l'ordre à l'état pur, celui qui a pour effet de modifier immédiatement la situation juridique des particuliers. La décision ne pose pas un cadre dans lequel les événements peuvent entrer, déclenchant l'effet juridique ; c'est dans sa propre promulgation que réside l'événement déterminant.

Enfin, puisqu'elle ne produira pas un nombre indéterminé d'effets nouveaux dans le futur, la décision n'est pas permanente. Son abrogation n'a de sens que rétroactive (2).

Nous pouvons résumer en une formule la structure de la décision, comme nous l'avons fait pour la règle :

La décision *ordonne* que tel effet juridique B soit ou ne soit pas.

La deuxième forme peut se ramener à la première, car il revient au même de l'écrire : « que non-B soit ». Ainsi « que tel acte ne soit pas valable » peut se dire : « Que tel acte soit nul ». La formule devient donc :

« La décision *ordonne* que tel effet juridique B soit ».

73. — Une recherche intéressante des caractères distinctifs de la décision a été entreprise par la Cour de Justice des Communautés

(1) Le droit allemand connaît la notion de « décision à portée générale » (*Allgemeinverfügung*), qui semble toutefois être plus large que celle de décision collective, puisque le Tribunal administratif fédéral a qualifié ainsi, par exemple (N.J.W., 1961, p. 2077), une interdiction de faire le commerce de certains produits dans certaines régions, qui, pour nous, est une règle.

(2) V. *supra*, n° 63.

européennes dans le cadre de l'interprétation des articles 189 alinéas 2 et 4 et 173 alinéa 2 du Traité de Rome (1). La recevabilité des recours formés par les particuliers contre les actes du Conseil ou de la Commission de la Communauté économique européenne dépendant de la qualification de ces actes comme décisions ou comme règlements (seules les premières peuvent être attaquées), plusieurs arrêts ont tenté de préciser ce qu'était la décision par opposition au règlement.

Les premiers arrêts s'attachent surtout au nombre des personnes visées : « les traits essentiels de la décision résultent de la limitation des destinataires auxquels elle s'adresse » (2), « la décision est caractérisée par le nombre limité des destinataires auxquels elle s'adresse » (3). C'est bien sûr un critère imprécis, et d'ailleurs contestable. Un progrès est accompli avec un arrêt de 1968 (4) qui s'attache au point de savoir si les sujets sont « désignés ou identifiables » : s'ils le sont, la norme est une décision. Mais on peut objecter que toute norme doit désigner ses destinataires de façon qu'ils puissent être identifiés, faute de quoi elle resterait inapplicable ; tout dépend en réalité de la façon dont la désignation est faite. Une précision décisive est apportée sur ce point par un arrêt de quelques mois postérieur (5), qui dénie la qualification de décision à une norme qui « ne vise la requérante qu'à raison de sa seule qualité de vendeuse de sucre de betterave brut sans aucune autre spécification » et « comporte des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite ».

Dans toutes les espèces précitées, les normes attaquées étaient, soit des règlements, soit des décisions individuelles. Même après le dernier arrêt il était possible de se demander si une norme générale, mais non abstraite, serait considérée comme un règlement ou comme une décision. Un arrêt de 1971 a levé cette incertitude. Un règlement de la Commission, n° 565-70 du 25 mars 1970, avait été ainsi conçu : « Il est donné suite aux demandes de titres d'importation déposées jusqu'au 20 mars 1970... dans la limite de la quantité indiquée dans la demande et à concurrence de 80% d'une quantité de référence ». Des règlements ultérieurs prolongèrent à plusieurs reprises les effets de cette mesure, pour des demandes déposées postérieurement au 20 mars 1970, mais, pour chacun d'eux, antérieurement à son adoption. L'un de ces règlements, le règlement n° 983-70, fut attaqué par l'un de ses destinataires.

(1) V. *supra*, p. 35, note 2.

(2) *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes et autres c/ Conseil de la Communauté économique européenne*, 14 déc. 1962, *Rec.*, t. VIII, p. 901.

(3) *Plaumann et C° c/ Commission de la Communauté économique européenne*, 15 juill. 1963, *Rec.*, t. IX, p. 197.

(4) *Industria Molitoria Imolese et autres c/ Conseils des Communautés européennes*, 13 mars 1968, *Rec.*, t. XIV, p. 171.

(5) *Zuckerfabrik Watenstedt GmbH c/ Conseil des Communautés européennes*, 11 juill. 1968, *Rec.*, t. XIV, p. 595.

La Cour de Justice déclare « que lors de l'adoption dudit règlement, le nombre des demandes susceptibles d'en être affectées était déterminé ; qu'aucune demande nouvelle ne pouvait s'y ajouter... ; qu'il s'ensuit que l'article 1 du règlement n° 983-70 doit *s'analyser en un faisceau de décisions individuelles* prises par la Commission sous l'apparence d'un règlement » (1).

La décision est donc caractérisée, selon cet arrêt, par l'absence de permanence (signe qu'elle n'est pas hypothétique) et par la possibilité de la décomposer, si elle est générale, en plusieurs décisions individuelles (signe qu'elle n'est pas abstraite). Ce sont bien les caractères que nous avons déterminés.

b) Rôle.

74. — Le rôle des décisions s'oppose partiellement à celui des règles. Mais en même temps il se définit par rapport à elles : le corps des décisions complète celui des règles.

75. — Tandis que la règle pose et ordonne, la décision se contente d'ordonner. Elle ne s'intègre pas dans un ensemble destiné à régir la vie sociale. Elle réalise seulement certains objectifs particuliers, concrets.

A l'inverse aussi de la règle, sa connaissance ne renseigne pas sur la structure de la Société au sein de laquelle elle a été élaborée. En effet, la structure d'une Société est nécessairement quelque chose de durable : une décision, dont l'effet est instantané, ne peut l'affecter. Pour cette raison, même si elles sont très générales, les décisions sont légitimement exclues de l'enseignement systématique du Droit positif : elles peuvent seulement faire éventuellement l'objet d'une mention d'ordre historique.

76. — Le caractère complémentaire du corps des décisions par rapport à celui des règles peut se définir aux deux points de vue de la portée de leur application, et du mode de leur élaboration.

Du premier point de vue, on peut distinguer deux sortes de décisions. Parfois, la décision a pour effet d'imposer un certain état de droit indépendamment de ce qui résulterait de l'application de *toute* règle, quel que soit son présupposé. Par exemple, une décision d'expropriation a toujours pour effet de priver le propriétaire de son droit sur la chose expropriée, un jugement de divorce met toujours fin à l'état de mariage. La décision est *absolue*.

Parfois, la décision n'apporte qu'un ou plusieurs éléments pour l'appréciation de l'état de droit, celui-ci pouvant aussi dépendre, par ailleurs, d'une ou plusieurs règles ; elle est alors *relative*. Par exemple la dispense d'âge accordée par le Procureur de la République en vue d'un mariage (2) met obstacle à une cause de nullité mais ne

(1) *NV International Fruit Company et autres c/ Commission des Communautés européennes*, 13 mai 1971, *Rec.*, t. XVII, p. 411.

(2) Art. 145, C. civ. français.

purge pas les autres vices qui peuvent affecter ce mariage, tels que l'absence de consentement de l'un des deux fiancés ; la nullité ne pourra pas être obtenue pour violation des règles relatives à l'âge minimal pour contracter mariage, mais elle pourra l'être pour un autre motif. Ou encore, un officier de l'état civil célèbre un mariage ; plusieurs éléments de la validité de ce mariage existent désormais : la forme requise a été respectée, et de plus aucun empêchement prohibitif ne peut plus être invoqué ; mais s'il existait un obstacle dirimant le mariage est nul.

77. — Du second point de vue, il faut distinguer les décisions dont le contenu a été déduit d'une ou plusieurs règles, et celles pour l'élaboration desquelles il a été fait abstraction du corps des règles.

Les actes déclaratifs sont un cas particulier de décisions rendues en application de règles. L'état de droit qui s'en déduit est en principe identique à celui qui se déduit des règles avant le prononcé de la décision. Quant aux actes constitutifs, ils peuvent être rendus soit en application de règles (mariage, divorce), soit indépendamment d'elles (nationalisations législatives).

Les règles en application desquelles les décisions sont prononcées ont un contenu plus ou moins vague, qui laisse à l'organe chargé de décider un pouvoir discrétionnaire plus ou moins large, parfois nul. Il faut insister sur le fait que les décisions ne naissent pas nécessairement de l'utilisation par leur auteur d'un pouvoir discrétionnaire. Il n'y a pas de différence de structure entre une décision administrative d'expulsion, prise pour des motifs de pure opportunité (insalubrité de l'immeuble, par exemple) et une décision judiciaire d'expulsion conforme à la législation sur les baux d'habitation.

78. — Les deux distinctions que nous venons d'esquisser ne se recoupent pas. Les décisions absolues peuvent être ou non rendues en application d'une règle. Il en va de même pour les décisions relatives, qui, lorsqu'elles vont à l'encontre d'une règle, sont appelées « dispenses ».

Les quatre catégories de décisions ainsi déterminées sont toutes, mais dans des sens différents, complémentaires des règles. Si elles ont été rendues en application d'une règle, elles ont pour effet de concrétiser ses dispositions abstraites. Si au contraire, elles ont été prononcées sans souci de respecter les règles, elles sont susceptibles de déroger dans des cas particuliers, au résultat de l'application de l'une d'entre elles (dispenses) ou de toutes (décisions absolues).

* * *

79. — Les développements qui précèdent ont établi que toutes les normes ne sont pas des règles, telles qu'on les définit en général, c'est-à-dire des dispositions générales et abstraites. Ce résultat diffère des postulats de la doctrine classique ; cela provient sans

doute, pour partie, de notre décision de départ (1) de considérer que les dispositions individuelles pouvaient constituer des normes. Mais la distinction des règles et des décisions ne se confond pas avec celle des normes générales et des normes individuelles. Nous avons vu en effet que, s'il est vrai que toutes les normes individuelles sont des décisions, en revanche il est faux que toutes les normes générales soient des règles. Il existe des décisions générales, ou pour mieux dire, collectives.

La répartition des normes entre la catégorie des règles et celle des décisions, à laquelle nous allons à présent procéder, rendra plus concrète notre distinction, dont nous ne connaissons pour l'instant que le critère abstrait de distinction.

SECTION II

LA RÉPARTITION DES NORMES ENTRE LES DEUX CATÉGORIES.

80. — Toutes les normes — lois, jugements, actes publics — se répartissent en règles et décisions.

Théoriquement, pour déterminer si une norme est une règle ou une décision, il faut mettre en évidence sa structure hypothétique. Mais cela ne va pas toujours sans difficulté, du fait surtout que l'on peut confondre la condition dont est parfois assortie la décision, avec l'hypothèse qui caractérise la règle. Le caractère concret ou abstrait n'est pas non plus facile à apprécier. Seuls les caractères de généralité et de permanence sont immédiatement perceptibles. On pourra donc utiliser la remarque pratique suivante : une norme est une règle si à la fois elle s'adresse à des personnes non individuellement désignées, et si elle pose une relation permanente ; elle est une décision si elle ne présente que l'un (ou aucun) de ces caractères.

La norme « X paiera 100 à Y à la fin de chaque mois » présente une certaine durée, du moins quant à ses effets, mais elle s'adresse à un individu déterminé : c'est une décision.

La norme « les contraventions commises antérieurement au 20 juin 1969 sont amnistiées » s'adresse à des personnes indéterminées, mais elle ne pose pas une relation permanente, c'est une décision.

81. — C'est à l'aide de ce double critère que nous allons répartir les normes en règles et en décisions. Pour cela, nous envisagerons successivement les trois catégories de normes auxquelles le droit

(1) V. *supra*, n° 20.

positif, et spécialement le droit international privé, se réfère : la loi, les jugements et les actes publics.

§ 1. — La loi.

82. — On rappelle que sous cette appellation on range à la fois la coutume, la jurisprudence, les lois au sens strict, et tous les actes de portée générale qui émanent du pouvoir exécutif.

Une coutume est nécessairement une règle. En effet, de par son processus même d'élaboration, elle présente toujours les caractères d'impersonnalité et de permanence.

La jurisprudence est également un ensemble de règles, puisque dire d'une solution qu'elle « fera jurisprudence » signifie qu'elle sera appliquée à l'avenir (permanence) aux conflits analogues qui opposeront d'autres individus non déterminés (généralité).

Les décisions n'apparaissent en législation qu'en tant que lois *stricto sensu* ou qu'actes émanant de l'Administration. Elles sont d'ailleurs, du point de vue de leur nombre, exceptionnelles par rapport aux règles. Nous avons cité plusieurs exemples de décisions collectives d'origine législative lorsque nous avons montré que toutes les normes générales n'étaient pas abstraites. Il existe aussi des lois individuelles qui sont des décisions. On cite en général celles qui relèvent du droit constitutionnel : la loi du 20 novembre 1873 qui nommait Mac Mahon Président de la République, la loi du 10 juillet 1940 qui donnait au maréchal Pétain des pouvoirs constituants. Mais elles peuvent également intéresser les personnes privées, physiques ou morales : nationalisations d'entreprises jugées particulièrement importantes pour l'économie nationale, autorisations prévues par l'article 13 de la loi du 1^{er} juillet 1901 pour les congrégations, concessions de services publics, etc...

83. — Pourtant la possibilité pour le législateur d'édicter des décisions a été sérieusement contestée. A vrai dire, la discussion ne porte, chez les auteurs, que sur les décisions individuelles puisque la notion de décision collective n'avait pas été dégagée de celle de règle. Mais Dupeyroux fait remarquer (1) que les lois dites « d'exception » doivent être, dans une certaine mesure, assimilées aux normes individuelles. Or ces lois sont des décisions collectives : Dupeyroux cite par exemple la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les congrégations, dont le caractère catégorique est évident puisqu'elle porte en son article 18 que « les congrégations existantes au moment de la promulgation de la loi qui n'auraient pas été antérieurement autorisées ou reconnues devront, dans le délai de trois mois, justifier qu'elles ont fait les diligences nécessaires pour se conformer à ses prescriptions », et qu'« à défaut de cette justification, elles sont réputées dissoutes de plein droit ».

(1) « Sur la généralité de la loi », in *Mélanges Carré de Malberg*, p. 152.

La discussion, qui concerne donc toutes les décisions, individuelles ou collectives, est obscurcie par une équivoque. S'agit-il de dire que la loi *ne peut être* qu'une règle ou seulement qu'elle *doit l'être* ? Pour Duguit (1) qui reprend en fait un argument de St Thomas (2), la loi ne peut être que générale « parce qu'elle s'applique à tous les hommes et à toutes les circonstances de la vie sociale ». Cet argument prouve trop car il implique que la loi soit non seulement impersonnelle, mais absolument générale, ce qui ne correspond nullement à l'état du droit positif. Techniquement parlant, rien ne met obstacle à ce que le législateur élabore des décisions ; il suffit de constater qu'il le fait. Comme le remarque Réglade (3), définir l'acte législatif « une disposition par voie générale et abstraite », c'est « confondre un principe propre à l'ordre social ou au régime politique d'une communauté particulière avec une notion de théorie générale du droit, puisque, de ce point de vue, on constate l'existence d'« actes-règles » (4) à portée particulière et personnelle ».

Le seul point qui fasse difficulté est donc la compatibilité des décisions législatives avec un régime démocratique. Pour Dabin « pareilles pratiques vont à l'encontre de l'idée de légalité telle qu'elle s'est formée au cours de l'histoire, en opposition... avec le principe du bon plaisir » (5). Ce problème nous intéresse surtout dans la mesure où, si l'on suit l'opinion de Dabin, on peut être conduit à considérer comme contraires à l'ordre public les décisions législatives étrangères, et peut-être à leur dénier tout effet en France. On retrouvera plus tard cet aspect de la question (6). Notons seulement ici avec Dupeyroux (7) que les actes qui dérogent aux lois — on a vu que c'est là une des fonctions possibles des décisions — ne peuvent émaner que du législateur. Or ils sont rendus nécessaires par la généralité et l'abstraction même des règles législatives, dont l'application uniforme peut être accidentellement soit choquante, soit nuisible aux intérêts de la communauté. Certes, les risques, fréquemment rappelés, d'incertitude, d'arbitraire, d'oppression et d'inégalité ne sont pas chimériques. Mais c'est une erreur de croire qu'on les éliminerait, ou même qu'on les diminuerait, en contraignant le législateur à statuer seulement par voie de dispositions générales et abstraites. La législation raciste du régime national-socialiste comprenait à la fois des règles et des décisions, et les premières étaient oppressives tout autant que les secondes : l'injustice n'est pas moins sensible pour être à la fois collective et institutionnalisée.

(1) *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., t. II, p. 173 et s.

(2) *Somme théologique*, Ia IIae, qu. 96 art. 1 *ad resp.*

(3) *Valeur sociale et concepts juridiques*, Paris, 1950, p. 103.

(4) Ce terme signifie, pour l'auteur, des « lois individuelles ».

(5) *Philosophie de l'ordre juridique positif*, n° 14, p. 53.

(6) *Infra*, n° 253.

(7) *Op. cit.*, p. 155.

§ 2. — Les jugements.

84. — Normes (1) individuelles, les jugements sont des décisions. A l'opposé des décisions législatives, ils ont pour rôle non de déroger aux règles mais de les appliquer. Cette particularité pourrait donner à croire que leur structure n'est pas purement catégorique. En effet, ils paraissent plus complexes que de simples décisions, puisqu'ils affirment non seulement l'existence d'un état de droit, mais aussi le lien entre cet état de droit et les faits invoqués par le demandeur.

Ainsi le Tribunal ne dit pas seulement : « X doit 100 à Y », mais : « en raison du préjudice de 100 causé par la faute de X, X doit 100 à Y ». On découvre dans cet énoncé une séquelle de la structure hypothétique de la règle appliquée. Cependant, même l'existence du lien doit être considérée comme faisant l'objet d'une décision contenue dans le jugement; elle ne modifie pas la structure catégorique de cette norme.

85. — En effet, tout jugement, qu'il soit constitutif, déclaratif ou de débouté, comprend deux décisions.

La première est adressée aux autres tribunaux; elle leur fait défense de remettre en cause ce qui a été jugé : « si le présent litige vous est soumis et si l'exception de chose jugée est invoquée, ne le rejugez pas ». C'est dans cette décision que s'exprime l'autorité négative de chose jugée. Le lien entre l'état de droit et les faits invoqués apparaît, mais seulement pour préciser le contenu de l'ordre : la défense ne vise que le cas où, non seulement l'objet mais la cause de la demande (2) sont identiques.

La deuxième décision est adressée aux particuliers, et d'autres tribunaux pourront ultérieurement en déduire le droit. Sa forme varie suivant que le jugement est un jugement « de bien-fondé », ou « de débouté ».

Dans le premier cas, il est décidé « que B soit ».

B peut être : la dissolution d'un mariage (jugement constitutif), la condamnation à payer une dette (jugement déclaratif), etc. De nouvelles conséquences pourront en être tirées par la suite : possibilité d'un nouveau mariage, compensation avec une créance, etc. Le contenu de la règle appliquée ne se devine pas dans cette décision : l'ordre qu'elle donne vaut désormais indépendamment des motifs qui ont inspiré son prononcé. D'autre part, sa portée n'est pas limitée par une référence à la cause de la demande. Elle est absolue, en ce sens que l'état de droit qu'elle instaure vaut quel que soit le résultat de l'application des autres règles.

Sur ce dernier point, les jugements de bien-fondé s'opposent aux jugements de débouté, dont la portée est limitée et qui peuvent être ainsi schématisés : « Que B soit (par exemple, que tel comportement

(1) V. *supra*, n^{os} 21 à 25.

(2) Et les parties lorsque le jugement est déclaratif, sauf en matière de filiation.

soit autorisé pour le défendeur) dans la mesure où il n'existe pas d'autre cause à l'état de droit opposé que celle présentement invoquée». Le lien entre l'état de droit promulgué et la cause invoquée apparaît dans cette norme. Il n'en modifie pas la structure. La norme n'est pas hypothétique, elle n'est que relative (1) : elle n'a d'effet que s'il n'existe pas en sens inverse une autre règle que celle dont le tribunal refuse — soit parce qu'elle n'existe pas dans l'ordre juridique compétent, soit parce que ses conditions d'application ne sont pas réunies — de faire application. Cette particularité n'est pas propre, parmi les décisions, aux jugements de débouté : on a déjà cité les dispenses accordées par un organe exécutif.

Dans deux hypothèses d'ailleurs, le jugement de débouté est une véritable dispense : lorsque le refus a été opposé pour cause d'insuffisance de preuve d'un fait pourtant exact, ou par une mauvaise application des règles : le jugement dispense le défendeur d'une obligation que faisait peser sur lui la règle (2). Les autres jugements de débouté (ceux qui sont rendus à la suite d'une application exacte, en fonction de faits exacts, des règles de fond) constituent des exemples de décisions relatives qui ne sont pas des dispenses.

86. — Aux deux décisions contenues dans le jugement faut-il ajouter, lorsqu'il est destiné à faire jurisprudence, *la règle créée par la juridiction* ? (3). Il ne nous semble jamais exact de dire qu'un jugement contient une règle. Il est seulement possible de découvrir, à sa lecture, la règle dont il a fait application. La règle jurisprudentielle a pour seule particularité d'avoir été posée par le tribunal lui-même, en vue de résoudre le litige qui lui était soumis. Elle ne résulte pas du jugement ; c'est le jugement qui résulte d'elle comme de toute règle d'autre origine. En effet, ayant à déterminer l'existence d'un lien entre des faits et un état de droit, le juge est forcé d'analyser ce qui, dans les faits invoqués, pourrait justifier la prétention, c'est-à-dire d'en isoler les caractères propres à déterminer sa conviction. C'est là, par définition, raisonner dans l'abstrait. Le résultat de ses réflexions (opportunité d'un lien d'imputation ou, au contraire, d'indépendance), est une règle. C'est seulement après avoir élaboré cette règle que le tribunal l'applique pour résoudre l'espèce qui lui était soumise.

La distinction entre les décisions contenues dans le jugement et la règle jurisprudentielle éventuellement élaborée par le tribunal est valable dans tous les systèmes juridiques, y compris dans le système de la *common law*. Certes la « *legal rule* » anglo-saxonne est infiniment plus précise, moins éloignée du cas concret, que la règle de droit

(1) V. *supra*, n° 76.

(2) Ou du moins il transforme l'obligation civile en obligation naturelle.

(3) Par ces termes, nous désignons aussi bien les règles jurisprudentielles de type continental, présentées comme des interprétations de la volonté du législateur, que les règles de type anglo-saxon, parfois considérées comme de véritables créations *ex nihilo*.

continentale. Elle ne se confond pourtant pas avec le jugement, car elle est impersonnelle, alors que le jugement vise nécessairement les parties au procès.

§ 3. — Les actes publics.

87. — Ce sont par définition des normes individuelles, donc des décisions. Ils sont toujours constitutifs. Leur portée peut être absolue (expropriation) ou relative (mariage, dispense en vue du mariage).

Ils n'ont pas pour fonction de déroger aux règles ; celles-ci prévoient toujours les conditions et le cadre de leur intervention. Mais l'organe qui les crée peut jouir, à l'intérieur de ce cadre, d'un pouvoir discrétionnaire plus ou moins étendu : très large pour la notation d'une épreuve d'examen, plus restreint pour l'octroi d'une subvention, nul pour l'inscription d'une sûreté immobilière.

Formellement, les actes publics ne contiennent pas toujours l'énonciation en langage juridique de l'état de droit qu'ils instaurent. Ils consistent souvent en une simple formalité (dont la portée est indiquée par une règle) : l'inscription sur un registre, par exemple, en cas de transcription d'un transfert immobilier ou de dépôt de brevet. Ce n'est pas le caractère catégorique, mais le caractère normatif de ces actes qui prête à discussion. On a montré (1) que l'acte public, même consistant en une formalité — pourvu qu'elle ait été accomplie par un organe étatique — est une norme.

* * *

88. — La classification bipartite des normes, que nous nous proposons de substituer à la classification tripartite en lois, jugements et actes publics, à laquelle s'arrête le droit international privé, est à présent précisée à un double point de vue.

D'une part, nous savons en quoi elle diffère de la classification tripartite. Les jugements et les actes publics sont regroupés dans la catégorie des décisions. Les lois sont en général des règles, mais sont parfois des décisions ; il en est ainsi non seulement lorsqu'elles sont individuelles, mais aussi lorsque, bien que générales, elles ne possèdent pas le caractère de permanence propre aux règles ; les nationalisations constituent un exemple topique de lois qui constituent des décisions, tantôt individuelles, tantôt générales.

D'autre part, nous connaissons le critère de la distinction : les règles sont hypothétiques, tandis que les décisions sont catégoriques. C'est à partir de ces caractères que nous allons à présent déduire la méthode suivant laquelle le juge doit résoudre chacun des deux problèmes de droit international privé qui peuvent se poser à lui : celui qui est introduit par la mise en cause d'une ou plusieurs règles étrangères, celui qui a son origine dans l'invocation d'une ou plusieurs décisions étrangères.

(1) *Supra*, n° 26.

CHAPITRE II

LES MÉTHODES DÉDUITES DE LA STRUCTURE DES NORMES.

89. — « Une méthode n'est autre chose que la manière dont il faut logiquement traiter une question à raison de l'essence qui est la sienne » (1). Il nous faut donc commencer par définir avec précision la question de droit international privé ; la méthode appropriée pour la résoudre y est virtuellement contenue.

Nous savons déjà que la question ne peut se poser qu'au juge, ou du moins par le truchement de la supposition de la saisine d'un juge (2), et d'autre part qu'elle peut être formulée, de façon générale et indépendamment de la structure de la norme, de la façon suivante : « quelles normes le juge doit-il prendre comme bases de déduction pour résoudre le litige, de caractère international, qui lui est soumis ? ». Mais cet énoncé est trop général pour qu'il soit possible d'en déduire une méthode. Suivant l'occasion dans laquelle le juge aura été amené à se la poser, sa formulation précise variera et la méthode suivra cette variation.

Par ailleurs, le juge n'est jamais directement saisi d'un problème de droit international privé. Sa mission ne consiste pas à indiquer aux parties les Etats dont les normes régissent leurs relations, mais à énoncer ces dernières dans les limites de l'objet de l'instance en justice. Le problème de droit international privé se greffe donc sur le problème de droit privé posé par les parties. L'énoncé de celui-là est entièrement conditionné par la position de celui-ci. En conséquence, la recherche de la formulation précise du problème de droit international privé passe par la description des éléments qui définissent le litige de droit privé auquel il est accessoire.

90. — La notion de litige, telle qu'elle est généralement entendue, c'est-à-dire comme l'ensemble des arguments, faits, raisonnements, présentés par le demandeur pour étayer sa prétention et par le

(1) P. LOUIS-LUCAS, « Conflits de méthodes en matière de conflit de lois » (J., 1956.774). C'est plutôt la définition d'une *bonne* méthode.

(2) V. *supra*, nos 34 et 35.

défendeur pour y faire échec, n'est pas utilisable pour notre propos. La question de savoir, par exemple, si le défendeur a commis l'acte quasi délictuel qui lui est reproché par le demandeur peut être au centre d'un litige, elle ne soulèvera pas pour autant de problème de droit international privé, car c'est une pure question de fait. Seule une *question de droit, c'est-à-dire une question qui met en cause une ou plusieurs normes juridiques*, est susceptible de le faire, le problème de droit international privé supposant nécessairement la mise en cause d'un système juridique étranger (1).

Il faut être encore plus précis. Chacune des questions de droit que nous retenons ne doit mettre en cause qu'une seule norme substantielle. Il arrive fréquemment que l'appréciation d'un rapport juridique unique mette en cause plusieurs normes. Par exemple, on soutiendra dans un litige qu'une personne est incapable, d'une part parce qu'elle est mineure, d'autre part parce qu'elle a été frappée d'une mesure judiciaire d'*interdiction*. Il y aura donc mise en cause à la fois d'une règle (la règle qui fixe l'âge de la majorité) et d'une décision (le jugement d'*interdiction*). Ce que nous devons considérer comme une question de droit susceptible de servir de point de départ à notre raisonnement n'est pas la question : « X est-il capable ? », mais chacune des deux questions : « X est-il capable bien qu'il n'ait pas atteint 21 ans ? » et « X est-il capable malgré l'interdiction dont il est frappé ? » : nous devons dénombrer autant de questions de droit qu'il y a de normes différentes en cause (2).

Dans l'exemple que nous avons choisi, la combinaison des questions de droit se faisait « en parallèle », c'est-à-dire que de chacune d'elles dépendait un seul et même état de droit : la capacité de l'une des parties. La combinaison peut aussi se faire « en série ». Dans ce cas, la formulation de chaque question de droit comprend la réponse apportée à la question précédente. Ainsi, une action en pétition d'hérédité intentée par un enfant adoptif pose la question du quan-

(1) V. *supra*, nos 27 à 29.

(2) L'emploi de l'expression « question de droit » a été critiqué par M. W. Wengler, qui la trouve imprécise : « La question de savoir si le fait reproché à Pierre, d'avoir pris la bicyclette de Paul dans telles ou telles circonstances, peut entraîner la condamnation de Pierre à une peine, est évidemment une question juridique. Mais est également une question juridique la question de savoir si une bicyclette est une chose au sens de la disposition du Code pénal relative au vol, le législateur du Code pénal n'ayant pas connu les bicyclettes. C'est une question juridique aussi que de savoir si le Code pénal promulgué par Napoléon est applicable sous la IV^e République. C'est donc une notion très générale que la « question juridique » et à mon avis, une notion trop générale pour constituer l'objet de la qualification en droit international privé » (« Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », R., 1954, p. 661). Il suffit de préciser qu'il s'agit pour nous uniquement des questions analogues à celle-ci : « L'appréhension par Pierre de la bicyclette de Paul constitue-t-elle un vol » ? c'est-à-dire des questions de nature juridique que l'on peut se poser et que l'on pose effectivement au tribunal, à propos d'un cas concret, et en impliquant un élément concret dans l'énoncé. Nous verrons que les questions de droit, de par leur forme, se classent en deux catégories suivant qu'elles sont régies par une règle ou par une décision.

tum de la part héréditaire des enfants adoptifs (et du choix de la règle qui fixe ce quantum), mais celle-ci peut impliquer à son tour, si le défendeur prétend que l'une de ses conditions n'a pas été respectée, la question de la validité de l'adoption (et du choix de la règle compétente pour imposer cette condition).

91. — On pourrait, certes, concevoir que les règles de droit international privé désignent, pour chaque objet-type de demande en justice, un ordre juridique unique dont le juge devrait appliquer toutes les normes qui en conditionnent l'issue, sans qu'il soit nécessaire de décomposer le litige en questions de droit. Par exemple, l'existence d'une créance (prétention du demandeur) suppose la réunion de toutes les conditions de validité du contrat qui est censé lui avoir donné naissance. En fonction des caractéristiques de la créance retenues par la règle de droit international privé, le juge choisirait un ordre juridique et résoudrait grâce aux normes contenues dans cet ordre toutes les questions de droit.

Mais ce système est impraticable. Il conduirait à apprécier un même état de droit de façon différente selon l'objet de la demande. Or, « on ne saurait condamner un défendeur à payer des aliments au demandeur, à cause du lien de parenté qui les unit ; puis, l'année suivante, après la mort du créancier, exclure le débiteur de la succession, parce que l'application d'une autre loi fait conclure à l'absence de parenté » (1). Il est nécessaire qu'au regard au moins des juridictions d'un même pays, un même état de droit soit toujours apprécié de manière uniforme, et ne dépende pas de l'enjeu du litige. Les états de droit se relient les uns aux autres en un enchaînement logique, que ne doit pas briser un système entaché d'un relativisme excessif ; on rendrait par là impossible toute prévision raisonnable par les parties des conséquences de leurs actes, à moins d'attendre d'elles, de façon irréaliste, une connaissance parfaite des règles de droit international privé appliquées par la juridiction dont la saisine est la plus probable ; c'est donc à propos de chaque question de droit que l'on doit poser le problème de la détermination de l'ordre juridique compétent (2).

(1) RAAPE, « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1934, *Rec.*, t. 50, p. 495.

(2) Cela ne signifie pas, bien entendu, que plusieurs problèmes voisins ne puissent faire l'objet du même rattachement. C'est le même rattachement qui est retenu pour les problèmes de validité du contrat en fonction d'une part de l'existence du consentement et d'autre part de la licéité de la cause. Cela ne signifie pas non plus que le juge soit obligé de décomposer le litige en toutes ses questions de droit. Si la parenté de certaines d'entre elles rend suffisamment évidente leur dépendance d'une même règle de droit international privé, il est autorisé à les traiter ensemble. Il n'empêche que, au stade de la recherche d'une méthode, il est nécessaire de définir le niveau auquel se différencient les deux formulations du problème de droit international privé, et ce niveau est celui de la question de droit régie par une seule norme.

92. — L'énoncé de l'hypothèse que nous avons posée dès le début de ce travail (1), peut, au bénéfice des observations qui précèdent, être modifié et précisé comme suit : la méthode applicable en droit international privé dépend du point de savoir si la *question de droit* qui se pose au juge est régie par une règle ou par une décision. Nous examinerons successivement ces deux éventualités.

SECTION I

LE JUGE EST SAISI D'UNE QUESTION DE DROIT RÉGIE PAR UNE RÈGLE.

93. — Nous allons démontrer que dans cette hypothèse le juge est placé dans l'obligation de *choisir* une règle entre plusieurs règles également susceptibles de s'appliquer à la question de droit posée, en nous appuyant sur le fait que dans tout ordre juridique (et donc dans chacun de ceux qui sont concernés en l'espèce), il existe toujours une règle qui a vocation à régir une question de droit quelconque.

Pour cela nous supposons le juge saisi d'une question de droit de caractère international régie par une règle. Cette règle est indéterminée tant que la question de droit international privé n'est pas résolue ; il faut donc identifier le *type de règles* auquel doivent appartenir les règles positives qui ont vocation à régir la question de droit (§ 1). Nous démontrerons ensuite que chaque ordre juridique concerné contient nécessairement une règle de ce type, ce qui *oblige le juge à choisir* l'ordre juridique compétent (§ 2). Cette nécessité de choix caractérise la *méthode applicable aux questions de droit régies par des règles* (§ 3).

§ 1. — Le type de règles qui ont vocation à régir la question de droit

94. — L'identification de la question de droit doit être le point de départ de tout raisonnement puisque les éléments qui la constituent sont les *données premières du problème* posé au tribunal. Une fois procédé à cette identification, un lien apparaît entre la question de droit et un type de règles.

(1) V. *supra*, n° 9.

A. — PROCÉDÉ D'IDENTIFICATION D'UNE QUESTION DE DROIT RÉGIE PAR UNE RÈGLE.

95. — Toutes les questions de droit régies par une règle se présentent au juge sous la même forme. L'une des parties (que nous appellerons le demandeur à la question de droit) invoque l'existence d'un certain nombre de faits, ce mot étant pris au sens le plus large. Elle prétend que, par application d'une règle de droit, qu'elle vise en général, un certain état de droit est la conséquence de ces faits. Une question de droit régie par une règle comprend donc deux éléments : un ensemble de faits, et la conséquence juridique que l'une des parties veut en voir tirer.

Le premier de ces éléments est de contenu variable. Parfois il se compose de purs faits matériels : naissance, accident, décès, etc. Parfois il englobe des faits juridiquement qualifiés : contrat, testament, mariage, filiation naturelle ou légitime, etc.

La conséquence que l'on veut déduire de ces faits est parfois présentée elle-même en termes de fait, plus précisément en termes de comportement obligatoire : versement d'une somme d'argent, accomplissement d'une formalité, etc. Elle peut aussi être exprimée à l'aide de vocables juridiques : qualité de fils légitime, de propriétaire, capacité... Des obligations de comportement en découlent également, parfois directement (les non-propriétaires de l'objet doivent en laisser jouir le propriétaire), parfois indirectement par l'intermédiaire de l'application d'une autre norme (si X est le fils légitime de Y en vertu de la règle I, il hérite d'une partie de son patrimoine suivant le quantum fixé par la règle II).

Aucun de ces deux éléments ne peut être négligé si l'on veut identifier la question de droit sans équivoque. Le premier élément serait, à lui seul, insuffisant. A un même fait, s'attachent en effet des conséquences dans divers domaines : un décès, par exemple, sera la cause de la dissolution d'un mariage et de l'ouverture d'une succession ; le non-paiement d'une dette à son échéance entraînera la faillite et donnera naissance à une créance de dommages-intérêts. Il en va de même pour la conséquence juridique ; elle peut résulter de plusieurs ordres de faits : ainsi une créance peut avoir pour source un contrat, un délit, etc. La question de droit varie en fonction de ces faits.

96. — Les deux éléments de la question de droit, les faits et la conséquence juridique recherchée, s'ils sont nécessaires pour l'identifier, sont également suffisants. Il n'est pas utile, ni même possible, de préciser de surcroît quel texte de droit positif est censé les relier.

L'indication de la règle a pour seule utilité de permettre au juge de déterminer certains éléments véritables de la question de droit : faits ou prétention, qui n'auraient pas été précisés. Par exemple,

des indications : préjudice de 100 causé à X par la faute de Y — article 1382 du Code civil, le juge pourra déduire que la prétention de X est la réparation du préjudice subi. Mais le juge a le devoir de substituer à la règle invoquée celle qui lui paraît en fait applicable à l'espèce (1) : par exemple celle qui résulte des articles 1134 et 1150 du Code civil, parce qu'il s'agit de responsabilité contractuelle et que le préjudice était imprévisible.

Lorsque la question de droit présente un élément d'extranéité, le juge peut substituer à la règle invoquée non seulement une autre règle du même ordre juridique, mais même une règle d'un autre ordre juridique. En droit positif français (2), il est « loisible » au juge (pour une partie de la doctrine française (3), ce devrait même être une obligation) de procéder à la recherche de la norme étrangère compétente, non invoquée par les parties. Une partie demande que son divorce soit prononcé par application de l'article 229 du Code civil français, mais sur la constatation de sa nationalité allemande au moment de la demande, c'est l'article 42 de la loi allemande de 1938 sur le mariage qui est appliqué : comment identifier la question de droit sinon par les éléments : adultère de X avec Z — divorce entre X et Y (4) ?

B. — IDENTIFICATION DU TYPE DE RÈGLES APPLICABLES A LA QUESTION DE DROIT.

97. — Il existe une analogie entre la structure de la question de droit régie par une règle et celle de la règle de droit. Au présupposé de la règle correspondent les faits allégués ; à l'effet juridique de la règle correspond la conséquence recherchée par le demandeur à la question de droit. Le rapport est celui qui existe entre la définition générale et l'application particulière.

Lorsque l'on a identifié une question de droit, l'on peut déterminer simplement le type de règles qui ont, de par leur contenu, vocation à la régir. Il suffit d'énoncer les deux éléments, individualisés et concrets, de la question de droit sous une forme impersonnelle et abstraite.

A partir des éléments de la question de droit on détermine ainsi les éléments A et B d'un type de règles.

Soit par exemple la question de droit ainsi définie :

— Les faits : X a légué un immeuble à Y, son médecin — X est décédé au cours de la maladie pour laquelle Y le soignait.

(1) V. le décret du 9 sept. 1971, art. 12.

(2) Civ., 2 mars 1960, J., 1961.408, note Goldman ; J.C.P., 1960.II.11734, note Motulsky ; R., 1960.97, note Batiffol.

(3) Notamment H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 333 ; MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges Maury*, t. I, p. 363.

(4) Contre l'identification des questions de droit à l'aide de la règle invoquée, et pour le même motif, voir au moins implicitement, WENGLER, « Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », R., 1954, p. 674.

— La conséquence recherchée par Z, unique héritier de X, qui invoque la législation française : la nullité du legs consenti au médecin.

Ont vocation à régir cette question de droit les règles qui ont pour présupposé A : existence d'un legs fait par un malade à son médecin — décès du testateur au cours de la maladie pour laquelle il était soigné par le légataire, et pour effet juridique B : nullité du legs (1).

Mais on ne peut préjuger de la nature du lien qui unit les deux éléments. La règle peut donc revêtir deux formes : « A entraîne B », ou « A n'entraîne pas B ». La première donne satisfaction au demandeur, la seconde au défendeur.

98. — De même que nous avons désigné par les lettres A et B le présupposé et l'effet juridique d'une règle, nous pouvons appeler a et b les éléments correspondants d'une question de droit régie par cette règle. La question de droit elle-même sera symbolisée par la notation : *question* (a, b). De ce qui précède on peut déduire très généralement qu'une question de droit (a, b) est régie par toute règle de *type* (A, B), c'est-à-dire qui pose soit la relation « A entraîne B », soit la relation « A n'entraîne pas B » (2).

Puisque notre but est de déterminer quel type de règles régit une question de droit donnée, nous aurions pu aussi songer à analyser directement les éléments A et B de la règle invoquée : pour avoir vocation à s'appliquer, une règle doit, en principe, présenter les mêmes caractéristiques. Mais il est préférable de procéder par identification de la question de droit. D'une part, en effet, il est théoriquement concevable qu'aucun texte ne soit invoqué. D'autre part, le type de règles est parfois plus compréhensif, comme on va le voir, que la règle invoquée elle-même.

99. — Le présupposé et l'effet juridique du type de règles ne sont pas, en effet, toujours aussi rigoureusement déduits que nous venons de le montrer des composantes de la question de droit. Dans la présentation de leur thèse, les parties exposent et prouvent un ensemble de faits, et formulent leur prétention en des termes souvent inspirés de ceux de la règle qu'elles croient applicable. Or d'une part, toutes les législations ne subordonnent pas aux mêmes exigences l'ordre qu'un comportement soit adopté. D'autre part, le

(1) Comp. à cette recherche du type de règles, celle de la règle « possible » que décrit MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, p. 52 à 58.

(2) En affirmant qu'une question de droit « est régie » par toute règle d'un certain type, nous voulons simplement dire que l'opération intellectuelle de l'application de la règle à la question est logiquement possible. Nous n'abordons pas encore la délicate question de savoir s'il faut tenir compte de la volonté des législateurs français ou étrangers quant à l'application de leurs règles (v. *infra*, nos 111 et s.).

comportement peut être affecté de modalités diverses. Il convient donc d'être relativement imprécis dans l'énoncé des éléments du type de règle, de façon que toute règle positive établissant un lien entre *certain*s des faits prouvés et une *modalité quelconque* de la prétention puisse être reconnue conforme à ce type.

Prenons l'exemple d'une collision survenue entre deux véhicules, conduits l'un par X et l'autre par Y, ce dernier étant seul fautif ainsi qu'il résulte des faits prouvés au tribunal. Le véhicule de X est entièrement détruit. X demande à Y réparation de son préjudice en invoquant l'article 1384, alinéa 1 du Code civil français. Si l'on voit dans la proposition : « le conducteur d'un véhicule cause à autrui un préjudice », le présupposé du type de règles, on retient les règles, qui, comme celle de l'article 1384, alinéa 1, édictent une responsabilité sans faute, mais on écarte celles qui exigent que le conducteur ait commis une faute. Puisque celle-ci est démontrée, il faut donc employer une formule plus compréhensive, telle que « le conducteur d'un véhicule cause, soit par sa faute, soit sans avoir commis de faute, un préjudice à autrui » (1). De même l'effet juridique du type de règles, n'est pas toujours exactement calqué sur l'effet juridique de la règle invoquée. La règle invoquée dans notre exemple (art. 1384, al. 1, C. civ.) prévoit que la victime d'un préjudice peut en réclamer à l'auteur réparation intégrale ; mais une autre législation pourrait imposer une base forfaitaire. L'effet juridique du type de règles comprend ces deux possibilités, ainsi que toutes celles qui peuvent donner une satisfaction, au moins partielle, au demandeur : « réparation, en nature ou en équivalent, de tout ou partie du préjudice subi ».

100. — Il est certain que, moins sont précis les éléments du type de règles, plus grandes sont les chances pour qu'existe, dans chacune des législations auxquelles on peut songer à rattacher la question de droit, une règle qui la régit. Notre dessein étant à présent de montrer qu'il existe toujours, dans toute législation, une règle qui a vocation, de par son contenu, à s'appliquer à une question de droit donnée, nous raisonnerons dans l'hypothèse où, au contraire, les éléments du type de règles sont strictement déterminés. Si nous menons à bien notre démonstration, elle vaudra *a fortiori* pour le cas où le type de règles est plus vaguement défini.

(1) S'il existe dans une législation plusieurs règles du type (A, B), par exemple (A', B') et (A'', B'') — A' et A'' étant deux sous-hypothèses de A — celle de ces règles qui correspond à la sous-hypothèse réalisée à vocation à s'appliquer à la question de droit.

§ 2. — Nécessité d'un choix entre les règles du type identifié.

101. — Lorsque le juge a analysé la question de droit qui lui est soumise et déterminé le type de règles qui ont vocation à la régir, il doit rechercher la règle positive qu'il appliquera *effectivement*. Or, dans chacun des systèmes juridiques impliqués existe une règle qui appartient au type identifié : il doit donc procéder à un choix.

Nous décomposerons ce raisonnement en trois étapes, que nous démontrerons successivement. Il faut tout d'abord établir (A) que chaque ordre juridique comprend une règle du type identifié (problème des lacunes en droit); puis (B) que toutes ces règles sont nécessairement concurrentes par rapport à la solution de la question de droit; enfin (C) que le juge doit nécessairement choisir l'une d'elles, même si elles ne sont pas apparemment contradictoires.

A. — EXISTENCE D'UNE RÈGLE DU TYPE IDENTIFIÉ DANS LA LÉGISLATION DE CHAQUE PAYS.

102. — Dans tout ordre juridique le corps des règles contient en puissance la solution de tout problème de droit qui peut se poser.

En effet, le problème, qui consiste toujours à se demander si un ensemble de faits (a) supposés établis entraîne une conséquence (b), est résolu par l'application soit de la règle « A entraîne B », soit de la règle « A n'entraîne pas B », c'est-à-dire dans les deux cas d'une règle du type (A, B). Or nous allons démontrer que toute législation contient nécessairement une règle de ce type.

Notre démonstration sera fondée sur l'analyse de la structure de la règle. Nous la confronterons ensuite à la démonstration classique, qui est différente et consiste en une déduction à partir du principe « tout ce qui n'est pas interdit est permis » (1).

(1) Le problème des lacunes en droit a suscité une littérature particulièrement abondante (parmi les principaux ouvrages, v. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., t. 1, p. 193 et s.; CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Arch. phil. droit*, 1963, p. 55 et s.; E. JUNG, *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts*, Berlin, 1900; E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903; BURCKHARDT, *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, Berne, 1925; H. NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre*, 1948; K. ENGLISH, *Der Begriff der Rechtslücke*, 1949; H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1949, p. 146-149; *Théorie pure du Droit*, 2^e éd., 1962, p. 22 et p. 329 et s.; C. W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964; D. DONATI, *Il problema della lacuna dell'ordinamento giuridico*, Milan, 1910; SANTI ROMANI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modène, 1925; N. BOBBIO, « Lacune del Diritto », *Novissimo Digesto Italiano*, p. 1 du tiré à part; Amedeo G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turin, 1962; et les études publiées par Ch. Perelman sous le titre : *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968). Nous l'envisageons ici sous un jour nouveau, en liaison avec la structure de la règle de droit.

a) *Démonstration de l'absence de lacunes fondées sur l'analyse de la structure de la règle.*

103. — Nous démontrerons en deux temps : 1° que soit la proposition « A entraîne B » soit la proposition « A n'entraîne pas B » est nécessairement vraie dans chaque ordre juridique, et qu'en conséquence toute question de droit (a, b) trouve sa solution dans cet ordre juridique; 2° que celle des deux propositions qui est exacte est le contenu d'une *règle* appartenant à l'ordre juridique considéré.

1° Exactitude nécessaire de l'une des deux propositions : « A entraîne B » ou « A n'entraîne pas B ».

104. — 1° Il ne peut s'élever de difficulté que s'il n'existe dans le droit positif considéré aucune règle *exprimée* du type (A, B). On peut donc formuler le problème des lacunes en droit de la manière suivante : le silence du droit positif sur l'existence d'un lien d'imputation ou d'indépendance entre A et B implique-t-il l'existence de l'un ou l'autre de ces deux liens, ou bien est-il dépourvu de signification ?

2° Le silence du droit positif ne peut être interprété comme créant un lien d'imputation entre A et B. Comment, en effet, s'il n'en était pas ainsi, pourrait-on déterminer, parmi les divers effets juridiques incompatibles entre eux auxquels on pourrait songer, celui qui prévaudrait sur les autres ? Le suicide n'est pas réprimé en France par une loi pénale expresse. Si l'on en déduisait qu'il est implicitement interdit, il faudrait encore choisir, quantitativement et qualitativement, la sanction liée au présupposé : « suicide ». Dans le silence du législateur, on se heurterait à une impossibilité logique (1).

La remarque est vraie en toute matière et non pas seulement en droit pénal. La responsabilité du transporteur de marchandises par voie ferrée n'est pas, en France, limitée, par une disposition expresse de la loi (2). Peut-on en conclure que la limitation est sous-entendue ? Non, parce qu'il est logiquement impossible de préciser quelle somme constitue, selon le prétendu vœu implicite du législateur, le maximum exigible.

La proposition « A entraîne B » n'est donc exacte, c'est-à-dire descriptive du droit positif, que si la norme « A entraîne B » a été posée.

3° C'est un principe fondamental de la logique que, « si deux propositions sont contradictoires, la vérité ou la fausseté de l'une impliquent respectivement la fausseté ou la vérité de l'autre ».

(1) La remarque de M. AMSELEK (*Essai de phénoménologie juridique*, Paris, 1964, p. 194) : « rien n'empêche un système juridique de consacrer une règle du genre : « ce qui n'est ni interdit ni permis reste interdit », n'est donc pas exacte.

(2) Sauf pour les transports internationaux.

Donc si la proposition « A entraîne B » (relation d'imputation) n'est pas exacte parce qu'aucune source du droit n'a posé la règle « A entraîne B », la proposition « A n'entraîne pas B » (relation d'indépendance) l'est. Dans le silence du droit positif, il existe un lien d'indépendance entre A et B. Par exemple, s'il n'est pas exact que la lésion soit une cause de nullité des conventions en matière de louage, la proposition « la lésion n'est pas une cause de nullité des conventions en matière de louage » est exacte.

4° Le juge, en consultant un ordre juridique quelconque, peut donc toujours déterminer si, selon celui-ci, « a entraîne b » ou « a n'entraîne pas b » (propositions individuelles déduites des propositions « A entraîne B » et « A n'entraîne pas B »). Il n'y a pas de lacunes en droit privé en ce sens précis que *le juge trouve toujours, dans un ordre juridique donné, la solution d'un problème quelconque de droit privé de type (a, b).*

105. — 5° Il est vrai que la nécessité de créer un lien d'imputation entre A et B, ou d'apporter une exception à une règle exprimée de forme « A' entraîne B » ou « A' n'entraîne pas B » (A' étant un ensemble de faits comprenant l'ensemble de faits A), a pu ne pas avoir été envisagée par le législateur, en raison par exemple du caractère récent de l'apparition des causes qui rendent son intervention opportune ; mais cette objection n'établit pas l'existence de lacunes en droit. Elle prouve seulement que des circonstances nouvelles peuvent motiver une modification des règles générales ; mais tant qu'elle n'a pas eu lieu, celles-ci n'en sont pas moins applicables. Imaginons par exemple que la législation d'un pays sur les baux immobiliers ne distingue pas suivant la nature de la chose louée et s'avère inadaptée à une récente crise de logement dans les grandes villes. On ne doit pas dire pour autant qu'il existe une lacune quant au régime des baux d'immeubles urbains à usage d'habitation. Tant que les règles générales n'ont pas reçu d'exception, elles s'appliquent à ce régime (1). De même tout type de contrat nouvellement apparu dans la pratique est en principe soumis aux règles générales sur les contrats, celles-ci ne recevant de dérogations que relativement à certains contrats nommés. Tant qu'une source du droit n'aura pas soustrait le *leasing* aux règles des articles 1108 à 1133 du Code civil français, celles-ci s'appliqueront à lui. Que cette source du droit puisse être la jurisprudence, ou qu'elle

(1) Dans un arrêt du 27 mars 1908 (D.P., 1910.2.209, note Loubat), la Cour d'appel de Saïgon a méconnu cette vérité fondamentale. Un ouvrier d'une compagnie de chemins de fer française avait été victime d'un accident (du travail) en Chine ; le droit chinois ne contenait aucune disposition spéciale pour les accidents du travail. La Cour décida d'appliquer alors la loi française comme *ratio scripta*. M. Cyrille DAVID (*La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris, 1965, n° 357) critique à juste titre le raisonnement en observant que « tout système juridique forme un tout autonome et complet, qui peut donner une réponse à tous les problèmes ».

doivent être la loi, cela est sans importance au regard du problème des lacunes en droit.

Lorsque le législateur finit par intervenir, il ne comble donc pas une lacune. S'il ajoute à la législation une règle supplémentaire, le domaine de celle-ci vient en diminution du domaine de la règle générale. Le domaine couvert par le Droit reste inchangé. Aussi peu importe le nombre de règles que comporte une législation ; car plus il est faible plus le domaine couvert par chacune d'elles est vaste.

Il n'est pas nécessaire d'invoquer l'exemple de législations de pays peu évolués — souvent très pauvres en normes. Le système juridique français est muet quant à certaines institutions connues dans d'autres pays, telle la quarte du conjoint pauvre du droit anglo-maltaï. En conclut-on que la loi française ne prévoit aucune solution au cas où une veuve réclamerait le bénéfice de cette quarte sur les immeubles de son défunt mari ? Nullement : « la loi française ignore cette institution, *donc la veuve n'y a pas droit* » (1).

6° Le fait que dans le silence du législateur, les tribunaux puissent être conduits à créer des règles plus détaillées doit être analysé de la même façon, comme une modification et non comme une création du droit ; l'analyse qui précède est indépendante de la nature de l'organe qui exerce le rôle de créateur des règles.

Certaines législations prévoient elles-mêmes les cas où toute disposition légale applicable ferait défaut, et prescrivent aux juges de les trancher suivant telle ou telle méthode. C'est le cas notamment du droit suisse (2), mais aussi du droit autrichien (3) et du droit italien (4). Plus topique encore est l'exemple de la *common law*, droit essentiellement jurisprudentiel, qui ne comporte de règles exprimées que sur des points précis, qui ne recouvrent pas toutes les situations envisageables : « A une situation nouvelle correspond, doit correspondre selon le juge anglais (ou américain) une règle nouvelle » (5).

En réalité, les lacunes envisagées ne sont pas de véritables lacunes du droit, mais des lacunes de la loi ou de la jurisprudence. Le silence de ces sources du droit donne naissance, comme on l'a vu, à une règle implicite. Mais le juge a le pouvoir de la modifier en vue de la solution du litige qui lui est soumis (6).

(1) H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 291.

(2) Article 1^{er} du Code civil : « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ».

(3) Art. 7, C. civ.

(4) Art. 12, C. civ.

(5) R. DAVID, *Grands systèmes de Droit contemporain*, n° 322.

(6) Ce pouvoir de modification n'est pas à lui seul suffisant pour établir l'existence de lacunes, puisque lorsqu'il s'exerce, avec ou sans le prétexte de l'interprétation, à l'égard de règles posées *expressis verbis*, on n'en conclut pas que le juge a comblé une lacune.

Encore faut-il observer que le juge n'est jamais totalement libre. Il doit s'inspirer de l'ensemble des règles exprimées dans la législation, de la coutume, de la jurisprudence, et des principes généraux qui s'en dégagent. La pratique des tribunaux helvétiques est à cet égard particulièrement significative. En dépit des termes très larges du Code civil, les juges conservent une prédilection marquée pour la voie de l'interprétation des règles existantes grâce aux arguments *a contrario* et *a simile*, et ne déploient leur activité créatrice que « lorsqu'il s'agit de développer le droit dans le prolongement de la législation positive et dans la ligne des principes d'ordre éthique mis à la base du Code » (1). Une remarque analogue s'applique au droit anglo-saxon, à telle enseigne que pour Goodhart (2) et pour Radbruch (3) c'est la sécurité et non la souplesse, comme le croient souvent les juristes continentaux, qui constitue la caractéristique principale du système de la *common law*.

Soit donc que l'on estime que le juge français peut exercer le pouvoir conféré par l'Etat étranger à ses juges de *modifier* la règle implicite, soit que l'on préfère limiter son rôle à l'*application* de la règle implicite (4), le juge français trouve dans l'ordre juridique étranger la règle ou du moins les principes de l'élaboration de la règle qui lui permettra de résoudre la question de droit, quelle qu'elle soit, qui lui est posée.

106. — Nous venons de montrer que toute question de droit trouve sa solution dans toute législation. C'est pour nous un point essentiel, car il en résulte que si deux ou plusieurs systèmes juridiques sont en présence, le juge ne peut en rejeter a priori aucun sous le prétexte qu'il n'envisagerait pas *expressément* le problème qui lui est soumis.

Mais si nous sommes dès ce stade du raisonnement autorisés à dire que *la question de droit (a,b) est résolue par toute législation*, nous n'avons pas encore justifié que la solution résulte de la présence dans cette législation d'une *règle* de type (A,B) qui la régit. Il faut donc se demander si l'exactitude de la proposition « A n'entraîne pas B », qui résulte du silence du législateur sur les rapports entre A et B, est révélatrice de l'existence de la règle « A n'entraîne pas B ».

(1) W. YUNG, « François Gény et la jurisprudence en Suisse », in *Le Centenaire du doyen François Gény*, Paris, 1963, p. 94. C'est nous qui soulignons.

(2) *Precedent in English and continental law*, 1934, p. 49.

(3) « La sécurité en droit anglais », *Arch. phil. droit*, 1936, 3-4, p. 89.

(4) Dans le premier sens MELCHIOR, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, 1932, § 285 ; J. MAURY, « Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1936, *Rec.*, t. 57, p. 402 ; H. MOTULSKY, « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges Maury*, t. I, p. 363 ; M. GOLDSCHMIDT (*La consecuencia juridica de la norma del derecho internacional privado*, Barcelone, 1935, p. 14 et s.) estime que, en toute hypothèse, le juge doit statuer comme le ferait *probablement* le juge étranger ; MM. BATIFFOL et LAGARDE (*Traité*, n° 329) se rallient à cette dernière opinion.

Ce problème est-il pour nous aussi intéressant que le précédent ?

La réponse doit être affirmative si la fonction de la règle de droit international privé comporte la désignation de la règle que son type rend applicable à la question de droit, négative si elle consiste seulement dans la désignation globale de l'ordre juridique que doit consulter le juge (1). Mais quelle que soit de ces deux thèses, celle qui est exacte, le problème présente au moins un intérêt terminologique, car seule une réponse affirmative permettra de parler de « règle applicable à la question de droit », de « conflit de règles », de « d'application de la règle étrangère », etc... sans distinguer suivant que les législations en présence comportent ou non une règle expresse sur le point en litige.

2° Existence nécessaire d'une règle de type (A,B).

107. — L'existence, dans le silence du législateur, d'une règle posant une relation d'indépendance entre les deux éléments A et B issus de la généralisation des termes de la question de droit semble évidente, dès lors que l'on a démontré l'exactitude de la proposition « A n'entraîne pas B ». Elle se heurte cependant à trois motifs de doute : une règle peut-elle ne pas poser un lien d'imputation, ne pas engendrer des solutions différentes de celles qui vaudraient en son absence, et enfin ne pas être exprimée ?

1° Bien que la notion de relation d'indépendance ait été négligée par Kelsen, pour qui toutes les règles créent des relations d'imputation, nous avons trouvé (2) dans le droit positif français des exemples de règles posant une relation de ce type. Il est d'ailleurs admis que les exceptions aux règles générales peuvent être elles-mêmes des règles ; or puisque les relations entre le présupposé et l'effet juridique de chacune des deux règles sont alors, par définition, en sens opposé, l'une d'elles est nécessairement une relation d'indépendance.

2° Dans le cas où la relation d'indépendance ne constitue pas une exception à une relation d'imputation on peut plus facilement lui contester le caractère juridique en tenant le raisonnement suivant : « La relation d'indépendance, de par elle-même, n'a pas besoin d'être posée par le droit, puisque, en règle générale, sont sans rapport juridique les faits et obligations qui n'ont pas été reliés entre eux par une règle d'imputation. D'où il suit qu'une norme juridique d'indépendance n'a pas, par elle-même, de raison

(1) M. W. Goldschmidt appelle ces deux thèses respectivement la « thèse de la restriction de la conséquence juridique par le type légal de la règle de conflit » et la « thèse de la restriction de la conséquence juridique par les faits impliqués dans le type légal de la règle de conflit » (« Système et philosophie du droit international privé », R., 1956, p. 22).

(2) *Supra*, n° 65.

d'être » (1). En réalité, cette argumentation prouve seulement l'inutilité, pour le législateur, d'édicter *expressément* une règle contenant une relation d'indépendance. Celle-ci n'en est pas moins partie intégrante de l'ordre juridique, puisque la proposition qui l'exprime n'est vraie que par rapport à cet ordre. De même que le silence qui sépare dans une partition deux notes de musique est encore l'œuvre du compositeur, de même la relation qui existe entre A et B en raison du silence d'un législateur doit être considérée comme posée par celui-ci (2).

Il existe d'ailleurs des règles d'indépendance qui pourraient résulter du seul silence du législateur, mais que celui-ci éprouve le besoin d'exprimer. Ainsi la règle de l'article 40 de la loi française du 1^{er} septembre 1948 : « en aucun cas l'application des dispositions du présent chapitre (fixant impérativement le montant du loyer dans les baux d'habitation ou professionnels) ne pourra être invoquée par le bailleur pour se soustraire à l'exécution des obligations mises à sa charge par le contrat ou par la loi ». Nul n'a jamais soutenu cependant que cette proposition n'était pas le contenu d'une norme.

Serait-ce alors son caractère tacite qui devrait faire douter de l'existence de la règle ?

3° Le caractère tacite d'une règle est, pour M. Amselek, incompatible avec son existence. Cet auteur ne conçoit la règle « qu'en chair et en os », comme diraient de façon suggestive les phénoménologues (3). Il ne peut être question ici de discuter la thèse de M. Amselek. Sur le plan de la terminologie, il suffit de constater que, dans le langage courant, les impératifs hypothétiques et abstraits, obligatoirement respectés sous la sanction de l'autorité publique d'un ordre juridique déterminé, sont appelés règles de droit même s'ils ne sont pas expressément formulés par le législateur. On peut par exemple déduire, *a contrario*, de la règle : « le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction alors apparents » (art. 1642-1, C. civ.), que « le vendeur d'un immeuble à construire peut être déchargé, après la réception des travaux et l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction alors apparents »;

(1) Nous transposons ici la pensée de M. G. Del Vecchio, exprimée à propos de l'adage : « tout ce qui n'est pas défendu est permis » : « La permission, de par elle-même, n'a pas besoin d'être donnée par le droit, puisque, en règle générale, est juridiquement permis tout ce qui n'est pas juridiquement défendu. D'où il suit qu'une norme juridique permissive n'a pas, par elle-même, de raison d'être » (*Philosophie du Droit*, Paris, 1953, p. 288).

(2) Comp. Kelsen, *Théorie pure du Droit*, 2^e éd., p. 22 « La fonction de la permission... est essentiellement liée à la fonction d'ordonner. Ce n'est qu'à l'intérieur d'un ordre nominatif qui prescrit de certaines conduites humaines qu'une certaine conduite humaine peut être permise ».

(3) *Essai de phénoménologie juridique*, Paris, 1964, p. 193.

cette seconde proposition, bien qu'elle ne soit nulle part exprimée sous cette forme, est le contenu d'une règle.

b) Comparaison avec le raisonnement classique.

108. — De façon générale, une règle établissant un lien d'indépendance entre un présupposé et une obligation ou une interdiction particulière, peut se formuler de manière positive en employant les concepts de faculté et de permission : dans tel cas, tel comportement est facultatif et autorisé. Il est à noter cependant que ce n'est pas par cet artifice terminologique que l'on prouve l'existence de la règle implicite. Il a d'abord fallu démontrer l'existence de la règle d'indépendance.

Notre démonstration de l'absence de lacunes n'implique d'ailleurs nullement que la règle implicite soit permissive. Si une législation ne comprend aucune règle comparable à celle de l'article 909 du Code civil français, elle consacre implicitement, pensons-nous, la validité des legs consentis par les malades à leurs médecins. Or cette validation n'est pas une permission : de toute façon, même en France, il n'est pas interdit de léguer en faveur de son médecin, le legs n'étant éventuellement vicié que par l'effet d'une circonstance postérieure.

109. — Le raisonnement classique, cependant, est fondé sur la constatation qu'«une conduite qui n'est pas juridiquement défendue est juridiquement permise» (1). Voici comment, notamment, raisonne Kelsen : «La théorie des [lacunes] est erronée ; elle repose en effet sur la méconnaissance du fait que, lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire» (2). De même pour R. Capitant «la règle permissive est l'absence de règle impérative» (3).

M. Amselek (4) a critiqué à juste titre ces démonstrations : «De ce qu'une règle de droit ne vient pas interdire telle chose, de cette absence de règle prohibitive, on ne saurait tirer l'existence d'une règle permissive, à moins bien sûr que le système juridique lui-même ne consacre ce «principe fondamental» selon lequel ce qui ne ferait pas l'objet d'une règle prohibitive devrait être considéré comme permis». Conclusion de façon automatique de l'absence d'une norme prohibitive à la présence d'une norme permissive est un procédé dangereux. Il semble autoriser à dire que «la décision permissive est l'absence de décision prohibitive». Or nous montrerons que *précisément cette affirmation est fausse*. Si la formule est exacte

(1) Kelsen, *Théorie pure du Droit*, 2^e éd., 1962, trad. Ch. Eisenmann, p. 57.

(2) *Op. cit.*, p. 329.

(3) *L'impératif juridique*, p. 79.

(4) *Op. cit.*, p. 193.

en ce qui concerne les règles, c'est uniquement, comme nous l'avons montré, en raison de leur structure hypothétique.

B. — CONCURRENCE DES RÈGLES.

110. — Dire que chaque ordre juridique contient une règle qui, *de par son contenu*, a vocation à s'appliquer à une question de droit donnée, c'est dire aussi que toute question de droit est cumulative-ment régie par la règle appropriée de chaque ordre juridique. Il y a donc, *a priori*, concurrence entre ces règles.

Il faut cependant faire intervenir un facteur que nous avons jusqu'à présent négligé : le fait que la question de droit n'est pas toujours entièrement rattachée à un seul pays. Il se pourrait que la vocation d'une règle soit limitée par l'exigence d'un certain lien entre l'ordre juridique auquel elle appartient et la question de droit. En ce cas, et pour peu que les domaines d'application respectifs de chaque règle ne se chevauchent pas, la concurrence ne se manifesterait pas.

Nous allons voir qu'il n'en peut être ainsi ; puis nous caractériserons la concurrence, en précisant la position relative des diverses règles en présence.

a) *Vocation réelle des règles en présence.*

111. — La limitation du domaine d'application de la règle pourrait provenir soit de la volonté du législateur supranational, soit de celle du législateur qui a posé la règle.

La question de savoir si le droit international public réparti, en limitant chacune d'elles, les compétences législatives des Etats ne peut être abordée ici : son importance dépasse trop nettement celle de notre travail. Il nous suffira d'observer que les auteurs attribuent en fait au droit international public deux rôles bien différents. Pour les uns — c'était notamment le cas de Pillet (1) — la concurrence entre lois existe, mais crée un conflit de souverainetés que le droit international public seul peut résoudre. Il n'y a pas ici *suppression* par le droit international public de la concurrence des règles, mais *solution* des problèmes qui en naissent. Pour les autres, la compétence des Etats est effectivement limitée au départ : chaque législateur n'a le droit de viser que certaines situations. Mais la tendance la plus moderne, exprimée notamment par M. Mann (2) et par l'*American Law Institute* (3), reconnaît que les

(1) *Principes de droit international privé*, Paris, 1903.

(2) « The doctrine of jurisdiction in international law », *Cours Acad. Droit internat.*, 1964, *Rec.*, t. 111, p. 1 et s.

(3) *Foreign Relations Law of the United States, Restatement Second*, St Paul, 1965.

restrictions ainsi apportées à la compétence des Etats ne sont pas si importantes, surtout en matière de droit privé, qu'elles ne laissent pas place à la concurrence : il y a toujours plusieurs critères pour légitimer, au regard du droit international public, que la loi d'un Etat prétende régir une relation déterminée.

112. — A l'inverse, si les Etats limitaient eux-mêmes le domaine d'application de leurs règles aux questions de droit présentant certaines caractéristiques les rattachant à eux, la concurrence des règles homologues serait atténuée, et même supprimée chaque fois que les critères d'autolimitation seraient concordants. Mais les législateurs ont-ils un tel pouvoir, et s'ils l'ont, l'exercent-ils ? Il faut distinguer les limitations relatives au champ d'application de la règle seule et celles qui concernent la compétence du système juridique entier (1).

Les limitations relatives au champ d'application de la règle seule sont relativement rares. L'article 18 de la loi française du 1^{er} septembre 1948 en constitue un exemple, qui dispose : « Le droit au maintien dans les lieux cesse d'être opposable au propriétaire de *nationalité française* qui veut reprendre son immeuble pour l'habiter lui-même... ». Si la question de droit est relative à la possibilité pour un propriétaire non-Français de reprendre son immeuble sis en France, la règle de l'article 18 ne viendra pas en concours avec les règles étrangères.

Cela prouve une chose : c'est que ce n'est pas l'article 18 qui contient la règle du système français applicable à la question de droit posée. Mais il en existe nécessairement une autre qui s'y adapte puisqu'il n'y a pas de lacune en droit. Si l'on considère que la délimitation du domaine d'application d'une règle fait partie de son présumé, la règle dont le présumé précise qu'elle concerne les non-Français, et dont l'effet juridique est le droit de reprise du propriétaire, aura vocation à s'appliquer ; elle prend dans la législation française la forme d'une relation d'indépendance.

L'ingérence de plus en plus fréquente des Etats dans les relations de droit privé leur fournit l'occasion de limiter le champ d'appli-

(1) Sur cette question, dite des « lois d'application immédiate », v. Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, 1958, p. 11 et s. ; « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », R., 1966.1 ; « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Riv. dir. int. civ. e proc.*, 1967, p. 691 ; *Répertoire Dalloz de Droit internat.*, V° *Conflit de lois*, nos 122 à 149 ; DE NOVA, « Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, p. 377 et s., et « Conflict of Laws and Functionally Restricted Substantive Rules », *California Law Review*, 1966, vol. 54, p. 1569 et s. ; P. GRAULICH, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, 1963, II, p. 629 à 644 ; MORRIS, « The choice of law clause in Statutes », *Law Quart. Rev.*, 1946.170 ; NUSSBAUM, *Principles of Private international Law*, 1943, p. 69 à 73 ; A. STRUYCKEN, note sous Hoge Raad, 13 mai 1966, R., 1967.522 ; A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972, nos 175 à 358.

cation des règles qu'ils posent à cet effet ; ils ne cherchent en effet à imposer une solution donnée qu'à l'égard des relations qui entrent dans leur sphère socio-économique. Ainsi la *Joint Resolution* américaine de 1933 abrogeant les clauses-or indiquait dans son Préambule qu'elle ne devait concerner que les paiements effectués sur le territoire américain (1). Mais cela ne signifiait nullement que l'ordre juridique américain se déclarât incompétent en ce qui concerne les paiements effectués sur le territoire d'autres pays : la solution ancienne validant les clauses-or restait en vigueur à leur égard.

L'autolimitation du domaine d'une règle n'est donc pas un facteur de limitation de la concurrence des règles (2).

(1) Exemple cité par A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972, n° 238.

(2) Comp. DE NOVA, « Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, t. I, p. 397. Dans son article à la *California Law Review* (précité), M. de Nova tente de prouver que l'autolimitation du domaine d'une règle peut aussi être implicite. Il cite notamment une affaire *Kaufman c/ American Youth Hostels, Inc.* (6. App. Div. 2d 223, 177 N.Y.S. 2d 587 (1958), 5 N.Y. 2d 1016, 158 N.E. 2d 128, 185 N.Y.S. 2d 268 (1959)). Une jeune fille résidant à New York avait trouvé la mort dans un accident d'autocar survenu en Oregon ; l'autocar appartenait à une organisation de bienfaisance de l'Etat de New York. La règle de l'Etat d'Orégon prévoit que les biens de telles organisations ne doivent servir à aucun autre but que celui pour lequel elles ont été fondées. La *Court of Appeals* de New York, ayant déclaré cette loi compétente en tant que *lex loci delicti*, a refusé de prononcer contre l'organisation une condamnation à des dommages et intérêts envers le père de la victime.

Pour M. de Nova, la règle protectrice ne peut viser que les organisations de bienfaisance de l'Orégon. Les autres organisations seraient responsables, d'après la loi même de l'Orégon, suivant le droit commun de la responsabilité de cet Etat.

Il nous semble que c'est là aller un peu loin. S'il est exact que la règle orégonaise ne devait pas être appliquée en l'espèce, c'est tout simplement parce que, instaurant une sorte d'immunité personnelle (non limitée aux dettes délictuelles) en faveur des organisations de bienfaisance, elle régit un type de questions de droit qui doit être soumis à la loi personnelle de l'organisation : la qualification « délit » était inadéquate. Elle l'aurait également été si la règle avait, au contraire, prévu que les organisations de bienfaisance peuvent être poursuivies en justice dans les mêmes conditions qu'une personne physique. C'est la nature du problème, indépendante de la solution que la règle substantielle lui donnait, qui devait faire écarter la loi de l'Orégon.

La même analyse vaudra également, en général, pour les lois dites « de police ». Si le législateur n'a pas limité lui-même, expressément, leur domaine d'application, elles s'appliquent à toutes les questions de droit rattachées à l'ordre juridique national par la règle normale de droit international privé. En effet, si le législateur estimait que la règle qu'il pose ne devait être appliquée, pour que sa politique soit réalisée, qu'à certaines des questions que son ordre juridique est compétent pour régir, il devrait normalement le préciser dans le corps même de cette règle ; en revanche, il est normal qu'il s'en rapporte aux règles de droit international privé (législatives, coutumières ou jurisprudentielles) pour ce qui est de la compétence générale de l'ordre juridique en la matière. Par conséquent, les relations soustraites à l'application de la règle ne le seront que parce que et en tant qu'elles seront soustraites à la compétence de l'ordre juridique entier.

Les prétendus cas d'autolimitation implicite de la règle généralement cités s'analysent donc comme de simples cas où l'ordre juridique auquel appartenait la règle n'était pas compétent. Ainsi, l'arrêt de la Cour de Paris du 7 mars 1938

113. — Plus délicate est la question de savoir s'il faut, pour que la règle étrangère puisse être considérée comme ayant vocation à s'appliquer, qu'elle appartienne à un système juridique qui revendique sa propre compétence. L'affirmative a été soutenue par divers auteurs, notamment par Niboyet (1) en France et par Von Bar en Allemagne : « Imposer une compétence à qui n'en veut pas, ce n'est pas le traiter en égal, c'est revendiquer une espèce de supériorité ou s'attribuer un droit supranational; c'est agir comme une Cour supérieure qui ordonne à un tribunal inférieur, qui s'était déclaré incompétent, de statuer sur le fond. Or, comme tous les Etats sont égaux et doivent se respecter les uns les autres, il ne peut y avoir de compétence imposée » (2).

A cet argument de nature publiciste, des auteurs modernes ajoutent des considérations tirées de la structure des normes matérielles (3). Pour Quadri notamment, la loi, qui est toujours un commandement, doit, pour exister, comporter l'indication de ses destinataires. Chaque souverain fixe librement la sphère d'application de ses lois : « Toute règle juridique, parce qu'elle est le fruit d'expériences déterminées, renferme au moins implicitement ses propres limites d'efficacité » (4).

A suivre ces points de vue « unilatéralistes » (en ce sens que chaque Etat est censé déterminer le champ d'application de son seul ordre juridique), la concurrence entre les règles des pays concernés ne se manifeste donc que dans l'hypothèse exceptionnelle où les règles de droit international privé de plusieurs Etats leur assignent simultanément compétence.

On reconnaît volontiers que la position unilatéraliste se recommande « d'une certaine logique apparente » (5). Mais la question reste posée de savoir si cette apparence est le reflet d'une logique véritable ou dissimule un illogisme.

Il a été répondu, aux tenants de la conception ancienne de l'unilatéralisme, que la loi française, « si on ne lui reconnaît pas qualité pour déterminer impérativement la loi étrangère interne à laquelle

(J. 1938.739, cité par A. Toubiana, *op. cit.*, n° 236), refusant d'appliquer les lois françaises de 1911 et 1912 relatives à l'organisation professionnelle des bourses pour des opérations qui devaient être effectuées devant une bourse étrangère, s'explique par le fait que chaque bourse est normalement soumise, quant à son organisation, à la loi du pays sur le territoire duquel elle est située.

(1) *Traité*, t. III, n° 931 et s.

(2) VON BAR, *Annuaire Instit. Droit internat.*, Neufchatel, éd. abrégée, t. IV, p. 541; dans le même sens SCHNELL, « Über die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Henschaft der Rechtsnormen », *Z. für Int. Privat. und Strafrecht*, 1895.337; NIEDNER, *Das E.G., Kommentar zum BGB*, 2° éd., 1901, p. 13.

(3) VIVIER, « Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois », *R.*, 1953.655 et 1954.73; PILENKO, « Droit spatial et droit international privé », *Jus Gentium*, t. V, 1954, p. 1 et s.; QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 3° éd. Naples, 1961, n° 24 à 30.

(4) *Op. cit.*, p. 199.

(5) H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 250.

les rapports de droit lui paraissent devoir obéir ne saurait avoir qualité non plus, en bonne logique, pour déterminer impérativement les rapports de droit auxquels elle entend elle-même s'appliquer» (1). Et toute la discussion est placée sous le signe d'une conception du droit international privé comme droit des conflits de souverainetés qui peut sembler aujourd'hui dépassée.

Les arguments tirés de la nature même de la règle de droit sont plus résistants à la critique. Ils constituent une construction logique rigoureuse menée à partir d'un postulat : à savoir qu'il est absurde d'appliquer une norme à des personnes qui n'ont pas été, au moins implicitement, visées par son auteur.

Mais la simple observation de l'application par les tribunaux de leur propre loi montre que ce postulat est contraire à la réalité. La loi du for a toujours une vocation subsidiaire *illimitée* qui apparaît dans les diverses hypothèses où aucune loi étrangère ne peut être appliquée : soit parce que la teneur de la loi normalement applicable est inconnue ou contraire à l'ordre public, soit, spécialement chez les unilatéralistes, parce qu'aucune loi ne revendique sa compétence.

L'explication de ce fait réside dans l'analyse du phénomène de l'application judiciaire d'une loi. Les tribunaux ne sont pas les sujets des normes de droit privé. S'ils sont conduits à les appliquer, ce n'est pas sur leur ordre mais sur celui de règles générales — émanant de l'Etat qui les a instituées et qui seul a un pouvoir de commandement à leur égard — qui leur prescrivent de la faire en tenant compte des caractéristiques de la situation au moment de son appréciation en justice. Pour les tribunaux, les diverses règles de droit privé sont donc seulement des propositions rationnelles à partir desquelles il leur est ordonné de raisonner. Leur élément impératif ne s'adresse pas à eux ; il est suppléé en ce qui les concerne par celui des règles générales relatives à l'application judiciaire du droit. Les tribunaux ne tiennent jamais compte que de l'élément rationnel des lois substantielles, même nationales, et cela est vrai même dans les rapports purement internes. L'élément rationnel de la règle peut donc être utilisé non seulement à l'égard des sujets de la règle, c'est-à-dire de ceux auxquels s'adresse son élément impératif, mais aussi à l'égard de tout individu (2). C'est ce qui explique la possi-

(1) BARTIN, *Principes de droit international privé*, t. I, § 83, p. 213. Le même argument a été utilisé par ANZILOTTI, *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca S. Casciano, 1898, p. 342.

(2) La comparaison faite par Quadri entre la limitation spatiale du champ d'application de la règle et sa limitation temporelle est intéressante à cet égard. Pour Quadri (*op. cit.*, p. 199), toute norme juridique a une efficacité limitée dans le temps aussi bien que dans l'espace car « elle ne peut qualifier les faits passés sans aller à l'encontre de sa nature propre de commandement efficace sur la conduite des sujets ». Or, il existe des lois rétroactives que les tribunaux sont conduits à appliquer à des individus qui avaient agi sous l'empire de la loi ancienne. C'est bien le signe de l'indépendance entre la détermination des personnes qui ont pu être visées par une norme et celle des personnes auxquelles les tribunaux l'appliqueront.

bilité d'appliquer la loi du for à des questions purement étrangères, que son élément impératif n'a pu viser.

L'élément rationnel de la règle peut également être retenu comme base de déduction par le tribunal d'un pays étranger, sur l'ordre de l'autorité qui l'a institué. Il y a *concurrency entre les éléments rationnels* des diverses règles impliquées.

Il est donc concevable que dans l'hypothèse où aucune des règles étrangères en présence ne serait normalement appliquée par les tribunaux du pays dont elle émane (conflit négatif), le juge saisi, néanmoins, en applique une. Pourquoi appliquerait-il nécessairement la sienne, comme le veulent la plupart des unilatéralistes ?

Il est également concevable que le juge saisi applique une règle étrangère que n'appliqueraient pas les tribunaux du pays dont elle émane, alors qu'une autre règle étrangère serait, elle, appliquée par les tribunaux du pays dont elle émane. La discussion, ici, est plus délicate. Ne devrait-on pas appliquer la loi qui veut régir la question de droit plutôt que celle qui ne le veut pas ? La réponse affirmative paraît évidente, mais nous pensons que, dans la plupart des cas, si le législateur prévoit l'application de sa règle ce n'est pas parce qu'il veut que la solution qu'elle apporte soit imposée à certaines questions, mais parce qu'il considère qu'objectivement ces questions sont localisées de façon telle qu'elles seront régies au mieux par sa règle. Et réciproquement, s'il prévoit que sa règle ne sera pas appliquée, c'est parce que selon lui la localisation de la question de droit appelle de préférence l'application de la règle d'un pays étranger. Si le législateur de 1972 a prévu que l'établissement de la filiation était régi par la loi nationale de la mère, ce n'est pas parce qu'il lui importait que les enfants des Françaises puissent, par exemple, rechercher leur paternité naturelle, tandis qu'il estimait que cette possibilité ne conviendrait pas aux enfants nés de mère étrangère. Le choix de la loi nationale de la mère s'explique par des raisons absolument indépendantes du *contenu* de la loi française, ou même de sa nature de loi *française*, et qui sont aussi valables pour départager deux systèmes étrangers quelconques (entre autres raisons : l'adage *semper certa est mater*). Il est donc normal que chaque Etat impose à ses tribunaux — les seuls auxquels il puisse adresser des ordres — de faire prévaloir son appréciation personnelle sur la localisation de la question de droit, même si cette localisation se situe dans un pays étranger.

Il arrive, exceptionnellement, que le législateur *veuille* que sa règle substantielle s'applique (1) ; l'adoption de règles unilatérales

(1) Il peut en être ainsi, soit parce que le législateur veut que tels ou tels résultats concrets soient atteints (v. *infra*, n° 124), soit parce qu'il veut que sa loi, en tant qu'elle est la sienne, soit appliquée à telle ou telle catégorie de personnes. A cette deuxième catégorie appartient l'exemple (donné par SOHN, « New bases for solution of conflict of laws problems », *Harvard Law Review*, 1942.978, et par QUADRI, *op. cit.*, p. 185) des pays d'immigration, tels les Etats-Unis, qui veulent que le statut personnel de tous les individus domiciliés sur leur

de droit international privé peut alors être opportune. Mais ces règles elles-mêmes ne suppriment pas la concurrence des éléments rationnels des règles en présence, elles *résolvent* seulement le problème posé par cette concurrence. Il convient à présent de caractériser celle-ci de façon plus précise.

b) Position relative des diverses règles en présence.

114. — Les règles des deux législations n'entrent pas en concurrence par cela seul qu'elles existent, même si elles sont toutes les deux du type (A, B) et même si leur contenu est contradictoire. La validité de l'une ne remet pas en cause la validité de l'autre car chacune est valable dans son ordre juridique propre, fermé et impénétrable à l'intervention de normes étrangères (1). Par là, la situation diffère profondément de celle qui se rencontre en droit interne. L'apparition d'une règle nouvelle dans une législation entraîne nécessairement l'abrogation de toute règle ancienne contraire; et si deux règles promulguées au même moment paraissent contradictoires, l'interprète devra déterminer celle qui prévoit implicitement une exception au principe qu'elle pose explicitement. Un législateur ne peut en effet avoir au même moment deux volontés différentes, alors que deux législateurs expriment chacun leur propre point de vue.

La concurrence entre règles appartenant à des législations différentes ne se manifeste qu'à propos d'une question de droit déterminée, et se situe au niveau des propositions individuelles déduites des règles en présence. C'est dans le fait que les propositions : « a entraîne b d'après la règle du pays I », « a n'entraîne pas b d'après la règle du pays II », « a entraîne b d'après la règle du pays III », etc., sont simultanément vraies que réside la concurrence de ces règles. On peut également parler de concurrence des ordres juridiques puisque les propositions : « a entraîne b d'après l'ordre juridique du pays I », « a n'entraîne pas b d'après l'ordre juridique du pays II », etc., sont également vraies.

115. — Dans le langage juridique courant, on parle plutôt du *conflit* des règles que de leur concurrence. Ce point de terminologie est le reflet d'un problème doctrinal plus sérieux.

territoire soit régi par leur loi, afin de faciliter l'intégration des étrangers. Il ne s'agit pas là d'une considération objective. L'auteur de la règle de droit international privé pourrait lui-même estimer qu'objectivement le statut personnel doit être régi par la loi nationale. Il conviendrait alors selon nous (mais telle n'est pas la conclusion de Sohn et de Quadri), d'adopter à la fois une règle bilatérale retenant le critère de la nationalité, et une règle unilatérale apportant une exception à la précédente pour les individus domiciliés sur le territoire national.

(1) V. sur ce caractère de l'ordre juridique, R. AGO, *Cours précité*, p. 302; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, p. 120.

Si l'on définit de façon générale un conflit comme un affrontement entre deux ou plusieurs puissances qui se disputent un droit (1), un conflit de règles suppose la volonté de chacun des législateurs que sa propre règle s'applique. Si l'intention d'un législateur, en ce sens, n'a pas été expressément formulée, elle ne doit cependant être raisonnablement supposée que s'il a un intérêt à l'application de sa règle. Or cet intérêt lui-même n'est pas attaché à l'application de toute loi : sinon l'application automatique par le juge de la loi de son pays s'ensuivrait logiquement, et le droit international privé perdrait sa raison d'être (2). Mais il peut être parfois présumé, par exemple si l'observation de la loi par les individus impliqués dans le litige « est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays » (3).

Il y aura donc conflit véritable lorsque deux ou plusieurs des législations en présence voudraient s'appliquer, soit que la volonté des législateurs ait été exprimée, soit qu'elle puisse être présumée.

Il y aura concurrence pure dans le cas le plus fréquent, où aucune des législations n'aura manifesté ou ne sera supposée avoir cette volonté.

Il y aura concurrence dissymétrique enfin lorsqu'une seule des législations en présence voudra s'appliquer.

C. — POSITION DU PROBLÈME DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : LA NÉCESSITÉ DU CHOIX.

a) Les règles substantielles n'ont pas la même teneur.

116. — Si le contenu de deux règles en concurrence ou en conflit est différent, c'est-à-dire si elles sont l'une de la forme « A entraîne B » et l'autre de la forme « A n'entraîne pas B », il est évident que le tribunal ne peut les appliquer simultanément, car il ne peut donner au litige qu'une seule solution. Il est donc obligé de choisir.

Cette évidence n'apparaît pas telle à tous les auteurs. M. Wengler en particulier est d'avis que le conflit n'implique jamais le choix de façon nécessaire, et que « l'impossibilité pour le sujet de deux normes contradictoires d'obéir aux deux à la fois, ne signifie pas à elle seule qu'il serait impossible pour un juge d'appliquer les deux lois à la fois, et ne signifie pas que le juge est dans la même rigoureuse nécessité logique que le sujet de choisir entre les deux lois ». « On peut même imaginer, poursuit-il, que le juge lui-même soit *obligé* d'appli-

(1) Cf. ROBERT, *Dictionnaire de la langue française*.

(2) Cf. Ph. FRANCESCAKIS, *Le renvoi*, n° 135.

(3) L'expression mise entre guillemets est employée par M. Francescakis en vue de la détermination des lois d'application immédiate (*Rép. Dalloz de Droit internat.*, V° *Conflit de lois*, n° 137).

quer les deux lois ; cela signifierait que le juge doit prononcer un jugement de condamnation pénale dans tous les cas » (1). L'exemple d'une condamnation pénale nous entraîne en dehors du droit privé et donc en dehors de notre sujet. Si nous lui substituons une condamnation civile qui est attachée à un certain fait par la loi A mais non par la loi B, ou dont le montant doit être évalué de façon différente d'après les termes des deux législations, il est au contraire évident que le juge ne peut appliquer une loi sans violer l'autre, et que s'il prétend les appliquer toutes les deux il viole en réalité l'une ou l'autre ou les deux. Le vœu d'un législateur n'est pas que son ordre abstrait donne lieu à une énonciation concrète correctement déduite, mais qu'une certaine situation soit en fait réalisée lorsque certaines conditions sont réunies : or si, d'après le législateur A, X doit payer 100 dans une hypothèse où, d'après le législateur B, il doit payer 200, ni la volonté de A ni celle de B ne sont respectées par la condamnation de X à payer 300. Pour M. Wengler, il est seulement *inopportun* (et non pas impossible), *dans certains cas*, d'appliquer simultanément les lois en présence : « L'application simultanée de deux lois ou plus « dans la même matière » ne doit être absolument évitée que dans les cas où elle conduit à des décisions contradictoires ou incohérentes » (2). Mais, précise-t-il, il n'en va pas toujours ainsi, « par exemple si d'après la loi A un certain fait est la condition d'un devoir de l'individu X, et si le même fait est la condition d'un autre devoir de l'individu X (ou de l'individu Y) selon la loi B » (3). Il est exact qu'il n'y a pas d'obligation de choix dans ce cas. Mais c'est qu'il n'y a pas non plus de concurrence car les deux lois ne sont pas du même type ; l'une est du type (A, B), l'autre du type (A, C). En revanche, si deux lois sont de type (A, B), et que l'une pose un lien d'imputation, l'autre une relation d'indépendance, le conflit et la nécessité de choix apparaissent simultanément.

b) *Les règles substantielles ont la même teneur.*

117. — Il se peut que la teneur des règles en concurrence ou en conflit soit identique. Peut-on dans ce cas appliquer la proposition qui énonce leur contenu commun, sans résoudre et même sans formuler le problème du choix ? La question est délicate, comme le prouve la divergence qui existe à cet égard entre l'attitude des tribunaux français et celle des tribunaux allemands. Les juges français ont tendance à estimer que si une différence de teneur entre les règles en présence n'est pas établie il n'y a pas lieu d'appliquer la règle de droit international privé ; les juges allemands au

(1) « General Principles of private international law », *Cours Acad. Droit internat.*, 1961, *Rec.*, t. 104, p. 279.

(2) *Op. cit.*, p. 316.

(3) *Op. cit.*, p. 316.

contraire l'appliquent systématiquement dès lors que plusieurs législations sont en cause à propos de la question de droit (1).

Il convient de distinguer suivant que l'une des législations impliquées est celle du for, ou qu'elles sont toutes étrangères. Dans le premier cas, malgré l'identité des *solutions*, il faut choisir en raison de la différence de *régime* : « la condition de la loi étrangère devant les tribunaux français est très différente de celle de la loi française » (2).

Dans le second cas, l'argument ne joue pas : toutes les lois étrangères sont soumises au même régime. Il ne semble pas alors indispensable de préciser si la règle substantielle que l'on applique appartient à telle législation ou à telle autre. La situation est comparable à celle d'une ménagère qui possède deux livres de cuisine, les Recettes de Tante Marie et les Recettes de Tante Suzanne, lesquels indiquent le même procédé pour confectionner un certain plat. Lorsqu'elle applique cette recette, elle ne se pose pas la question de savoir aux prescriptions duquel des deux livres consultés elle se conforme. Or, l'analogie entre la recette de cuisine et la loi n'est pas trompeuse, puisque seul le facteur rationnel de la loi, le fait qu'elle est une proposition générale applicable à des cas particuliers, importe aux yeux du juge saisi (3). Il n'y a donc pas lieu de choisir entre les diverses règles en présence, si leur contenu est le même. A moins, bien sûr, que l'on n'estime que le respect de la souveraineté étrangère implique l'indication, par le juge, de l'Etat dont il a appliqué la règle ; mais ce serait pousser bien loin les exigences de la courtoisie internationale.

118. — Pourtant, la simple *possibilité a priori d'une incompatibilité* entre les diverses règles, même étrangères, suffit à justifier un choix. Reprenons notre comparaison culinaire. La ménagère désire préparer un entremets, et elle sait que pour ce genre de plats les Recettes de Tante Marie conviennent mieux aux personnes dont elle prépare les repas. Elle consultera donc cet ouvrage, sans même rechercher si la recette indiquée par Tante Suzanne est identique ou différente. Elle résout ainsi un problème de conflit (ou plutôt de concurrence) de recettes, en choisissant non directement une recette, mais un recueil de recettes.

De la même manière, *le juge choisit la législation applicable*, c'est-à-dire un recueil de règles à l'intérieur duquel se trouve la règle du type identifié.

Le procédé est analogue à celui qui est habituellement suivi pour rechercher à l'intérieur d'une législation la règle applicable. On commence par déterminer une *catégorie* (et ensuite, le cas échéant,

(1) Selon les doctrines américaines nouvelles (celles de Cavers, de Currie, d'Ehrenzweig), le conflit de lois suppose la différence de teneur des lois en présence.

(2) Y. LOUSSOUARN, « Quelques aspects nouveaux de la protection des actionnaires français de Sociétés étrangères », D., 1964, Chr., p. 280.

(3) V. *supra*, n° 113.

une sous-catégorie), où doit figurer cette règle, et grâce à laquelle il est plus facile de la découvrir (1). En droit international privé, les catégories sont les divers systèmes juridiques.

119. — C'est donc toujours entre les législations, et non entre les règles, que le juge doit effectuer son choix (2). Il est, par là, dispensé de rechercher la règle appropriée à la question de droit dans *chaque* législation, comme il le devrait s'il choisissait entre les règles.

Il n'est toutefois pas *interdit* au juge de consulter les diverses règles en présence avant d'appliquer la règle de droit international privé. Il sera alors logique pour lui de déclarer, si ces règles ont toutes la même teneur, qu'il n'y a pas lieu de poser le problème du choix. Le choix entre ordres juridiques dont le contenu est identique sur la question de droit litigieuse ne se recommande que de considérations de commodité; par conséquent, si dans le cas particulier le juge trouve un procédé plus rapide — il connaît, par exemple, sans difficulté les deux règles en présence — il est libre de l'employer (3).

§ 3. — La méthode applicable aux questions de droit régies par des règles.

120. — Reprenons l'exemple du legs consenti à un médecin. Les éléments du problème de droit privé sont :

a = — X a légué un immeuble à Y, son médecin.

— X est décédé au cours de la maladie pour laquelle Y le soignait.

et b = Z, unique héritier de X, n'est pas tenu d'exécuter le legs, qui est nul.

Les éléments du problème de droit international privé sont :

a' = — l'existence de la question de droit (a, b)

— la mise en cause des règles des Etats I, II, et III (par exemple)

et b' = le choix de la législation I, II ou III.

Ce problème, en raison de sa structure, est régi par une règle, de type (A', B').

Le contenu du présupposé A' est déterminé par généralisation de l'élément a' :

(1) Cf. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, p. 54.

(2) *Contra* : W. GOLDSCHMIDT, « Système et philosophie du droit international privé », R., 1956, p. 22.

(3) Sauf, rappelons-le, lorsqu'une des règles est française.

● *On soumet au juge une question de droit dont les éléments sont :*
 — les faits invoqués : existence d'un legs fait par un malade à son médecin, et décès du testateur au cours de la maladie pour laquelle il était soigné par le légataire ;

— la conséquence recherchée : la nullité du legs (1).

● *Une ou plusieurs normes étrangères sont mises en cause.*

L'effet juridique B' de la règle est l'indication de la législation à choisir.

121. — De façon générale, la règle de droit international privé applicable aux questions de droit régies par des règles présente la structure suivante :

Présumé :

1) On soumet au juge une question de droit d'un certain type ;

2) La question de droit met en cause une ou plusieurs règles étrangères.

Effet juridique : le juge doit choisir la règle applicable à la question de droit dans la législation qui présente telle caractéristique.

Cette règle-type de droit international privé que l'on peut appeler provisoirement « *règle de choix de la règle* », résume dans son énoncé l'essentiel de la *méthode* que devront suivre d'une part les auteurs des règles adaptées aux divers types de questions de droit et d'autre part les juges chargés de les appliquer (2).

Au stade de la création des règles de droit international privé apparaît la nécessité de rechercher et d'indiquer, pour chaque type de questions de droit, la législation dont elles relèvent primordialement (3). Au stade de la mise en œuvre des règles de droit interna-

(1) Le présumé de la règle de droit international privé comprend donc les termes mêmes qui définissent le présumé A et l'effet juridique B du type de règles applicables, puisque ces éléments sont également obtenus par généralisation des éléments de la question de droit (v. *supra*, n° 97). Cette particularité est intéressante, mais elle n'est qu'accessoire et pour ainsi dire accidentelle. Le rôle de la règle de droit international privé est d'indiquer au juge la législation applicable à certaines questions : ce sont donc des questions qu'elle définit. Mais comme elle le fait en termes généraux, elle peut sembler viser aussi un type de règles.

Si l'on décide d'appeler « qualification » tout caractère commun à une catégorie d'objets par lequel on peut les désigner, on peut dire que la règle de droit international privé *qualifie des questions de droit*.

(2) La règle est, pour reprendre une expression évocatrice, utilisée par M. Francescakis (R., 1967.435), l'« instrument opérationnel » de la méthode.

(3) M. SPERDUTI (« Théorie du Droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1967, *Rec.*, t. 122, p. 188) critique cette analyse : « Un rapport de droit ne se conçoit qu'en tant que rapport créé par une règle de droit. Il s'ensuit que le problème de droit international privé, à poser à l'égard d'un rapport de droit déterminé, n'est et ne peut pas être celui de savoir quelle loi est applicable à ce rapport. Le véritable problème de droit international privé consiste à savoir si le rapport de droit créé par une loi déterminée a été créé par cette loi sans

tional privé, on voit que, de par leur appartenance au type commun que l'on vient de dégager, les juges, en appliquant l'une quelconque d'entre elles, suivent nécessairement une certaine méthode, qui se caractérise par le choix d'une législation.

La nécessité de procéder à ce choix est l'élément caractéristique de la méthode applicable aux questions de droit régies par des règles (1).

122. — Le procédé d'identification de la législation à choisir doit cependant être précisé, car il est susceptible de présenter des variantes. La particularité, définie dans l'abstrait par l'auteur de la règle de choix, qui permet au juge de découvrir la législation applicable peut en effet revêtir des formes diverses.

Elle peut tout d'abord être en rapport avec le type de questions de droit défini dans le présumé. Par exemple si la question-type est la vocation successorale d'un enfant naturel, on peut retenir comme caractéristique la nationalité de l'enfant : l'ordre juridique à consulter sera celui de cette nationalité. On parlera alors d'un *rattachement* entre la question de droit type et l'ordre juridique ainsi désigné dans l'abstrait.

123. — Une même question de droit n'est en principe rattachée qu'à un seul ordre juridique. On peut concevoir cependant des rattachements alternatifs. Par exemple une règle prévoira en matière de forme des dispositions testamentaires, cinq rattachements distincts ; il suffira que le testament soit dressé dans une forme autorisée par l'une des cinq lois pour qu'il soit valable (2).

dépasser les limites du domaine d'application que lui reconnaît la règle de droit international privé applicable en la matière sur laquelle cette loi porte ». Ce point de vue nous semble inexact :

1° Si l'on substitue aux mots « rapport de droit » les mots « question de droit », l'objection tombe. Il est logique de poser la question à laquelle la règle doit répondre, avant de connaître cette règle.

2° Comment peut-on parler, en revanche, de « rapport de droit créé par une loi déterminée », alors qu'on ne sait pas quelle loi, parmi celles qui sont en présence, peut ou a pu créer le rapport ? La détermination du domaine d'application de la loi, objet assigné par M. Sperduti à la règle de droit international privé, ne se conçoit que lorsque l'origine étatique de la norme est une donnée du problème (c'est-à-dire lorsqu'elle est une décision : v. *infra*, n° 137).

(1) La méthode, dans son développement complet, comporte bien d'autres éléments rendus nécessaires par certaines difficultés de mise en œuvre de la règle de choix. Comment le juge choisit-il la règle de droit international privé (problème des qualifications) ? Le contenu de la règle étrangère désignée est-il toujours compatible avec son application par un juge français (problème de l'ordre public) ? Convient-il de prendre en considération la règle étrangère de droit international privé (problème du renvoi) ? etc. Nous ne retenons ici que l'élément essentiel de la méthode, qui découle de nos prémisses (§ 1 et 2, *supra*), et qui suffit à l'opposer à la méthode applicable aux questions de droit régies par des décisions (Section II, *infra*).

(2) Cf. art. 1^{er} de la Convention du 5 oct. 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. La terminologie n'est pas fixée. M. Rigaux parle, comme nous le faisons, de règles alternatives (*Droit international*

Malgré les apparences, une telle règle n'est pas une règle de choix. Si aucune des formes possibles n'a été respectée, le testament est nul, mais aux termes de quelle loi ? La règle n'en désigne aucune. En réalité il s'agit d'une règle substantielle sur les conditions de forme des testaments dont le présupposé oblige à *prendre en considération* diverses lois, mais dont l'effet juridique ne prescrit pas de les *appliquer* : c'est directement en vertu de la règle que le testament est valable ou nul.

Le *favor testamenti* dans cette disposition est d'ailleurs évident. Or une caractéristique des règles de choix est de rester neutres par rapport à la solution de la question de droit privé posée. Si une règle envisage expressément l'une des solutions possible et manifeste, ne serait-ce qu'une faveur à son égard, c'est par définition une règle substantielle.

Une même remarque peut être faite à propos des règles qui imposent un rattachement cumulatif (1), telles que celle-ci : « le divorce n'est admis que si la loi nationale de chacun des époux en reconnaît le principe ». Si aucune des deux règles ne l'admet, ou bien si toutes les deux l'admettent, au nom de laquelle refusera-t-on ou, au contraire, acceptera-t-on de prononcer le divorce ? La règle ne permet pas de choisir. Or il est impossible d'appliquer à la fois deux règles à une même question de droit ; il est seulement possible de les consulter et de tirer de cette consultation, directement en vertu de la règle française, une conséquence de droit privé.

124. — La particularité retenue n'est pas nécessairement un rattachement spécifique à la question de droit. Le législateur peut théoriquement se référer à n'importe quelle circonstance, pourvu qu'elle ne désigne au juge qu'un seul ordre juridique. Pratiquement la seule circonstance qui rivalise avec les rattachements est la volonté des Etats que leur règle s'applique.

Ce procédé de désignation ne se conçoit pas à l'égard des règles du for : il suffira au législateur d'indiquer, ou à défaut à la jurisprudence de préciser, à l'aide de facteurs de rattachement (éventuellement unilatéraux), dans quels cas ces règles veulent être appliquées, lorsqu'une telle volonté existe. En ce qui concerne les règles étrangères, il est possible, en revanche, de prendre en considération cette volonté pour elle-même, et d'en faire la circonstance de choix de la règle applicable. Mais puisque les législateurs étrangers ont eux-mêmes eu recours à des facteurs de rattachement, comment reconnaître

privé, p. 112). M. FRANCESCAKIS (*Rép. Dalloz de Droit internat.*, V. *Conflits de lois*, nos 187 à 189) réserve cette dénomination aux règles qui prescrivent « de ne prendre en considération un rattachement qu'à défaut, en l'espèce d'un autre » (règles qui n'appellent aucune remarque particulière); les règles que nous appelons alternatives sont pour lui des règles « facultatives ».

(1) On a d'ailleurs pu faire observer (KISH, « La loi la plus favorable », *Festschrift Gutzwiller*, p. 373 et s.; RIGAUX, *Droit international privé*, p. 113) qu'il n'y a aucune différence de nature entre règle alternative et règle cumulative.

l'existence d'une volonté d'application ? La simple désignation d'une loi substantielle par la règle de choix du pays dont elle émane est insuffisante pour la caractériser, car elle se fonde en général sur l'appréciation objective de la localisation de la relation ; l'appréciation du for doit normalement prévaloir si elle est différente. Il n'y a véritable volonté d'application que si la loi étrangère poursuit un objectif dont la réalisation effective dans certaines hypothèses importe à son auteur. Deux ordres de circonstances peuvent le révéler :

1° le contenu et les buts de la loi : lois de police, lois prohibant le divorce entre nationaux pour des motifs religieux, lois imposant le caractère civil de la cérémonie du mariage sur le territoire.

2° le mode de désignation de la loi : critères de rattachement non bilatéralisables par nature ; insistance du législateur sur le caractère impératif de l'application de la loi du for ; utilisation par l'auteur de la règle de choix d'une réserve insérée dans une Convention uniformisant le droit international privé de plusieurs pays.

D'autre part, si plusieurs Etats veulent que leur règle s'applique, le conflit n'est pas résolu par le principe du respect de la volonté exprimée par un Etat. Il faut donc en tout état de cause limiter ce principe au cas de la concurrence dissymétrique (1) : « En cas de concurrence dissymétrique à propos de tel ou tel type de questions de droit, le juge appliquera la règle du pays qui veut régir la question posée » (2). En vertu d'une telle règle, un testament rédigé en France par un Hollandais en la forme olographe — admise par la loi française mais expressément prohibée par la loi hollandaise

(1) V. *supra*, n° 115.

(2) L'opportunité de l'adoption d'une règle de ce type a été fort peu étudiée. V. cependant, contre cette adoption BALLADORE-PALLIERI, *Diritto Internazionale Privato*, 2^e éd., 1950, p. 243 ; pour cette adoption WENGLER, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht » ; *Z. für Vgl. Rechtswissenschaft*, 1941, p. 181, pour qui le juge devrait appliquer les règles impératives étrangères dans le cadre territorial assigné par le législateur étranger, dès lors qu'un « rapport suffisamment étroit » existe entre ces dispositions et les faits qu'ils entendent régler, et A. TOUBIANA, *Le Domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972, n° 283, qui suggère l'adoption de la règle suivante : « Sont applicables en matière internationale les lois de police des pays dont les intérêts socio-économiques sont affectés par l'opération contractuelle, lorsque le rapport juridique ou ses effets se localisent dans le domaine d'application que s'assignent ces lois ». Aucun de ces deux derniers auteurs ne prévoit la restriction de la solution qu'ils proposent aux cas de concurrence dissymétrique.

L'article 7 de l'avant-projet européen de Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles prévoit qu'il sera tenu compte, en ce qui concerne les contrats, des dispositions « réglant impérativement la matière d'une façon qui exclut l'application de toute autre loi », dans la mesure où leur nature ou leur objet particuliers pourraient le justifier, même si ces dispositions n'appartiennent pas à la loi désignée par la règle de conflit, mais seulement à la loi d'un pays avec lequel le contrat présente des liens.

quant aux testaments rédigés *même à l'étranger par des hollandais* — serait nul quel que soit le rattachement adopté relativement au problème de la forme des actes ; une clause de non-responsabilité insérée au profit de l'armateur relativement à un transport de marchandises par mer d'un port des Etats-Unis à un port d'un pays X — valable d'après la loi du pays X, mais dénuée d'effets suivant le *Harter Act* américain qui se veut applicable à tout transport par mer dès lors que soit le port de départ soit celui d'arrivée est situé aux Etats-Unis — serait nulle également, même si le contrat était expressément soumis par les parties au droit du pays X.

Une telle règle ne serait pas, selon certains auteurs, conforme au modèle classique en ce qu'au lieu de retenir au départ « un type de relations humaines pour dire quelle loi lui est applicable », elle retiendrait à l'inverse « un type de lois pour dire quel est son domaine d'application » (1), particularité qui caractérise ce que M. Francescakis appelle la méthode de la « délimitation du domaine des lois dans l'espace » (2). Mais ceci ne concerne que le mode d'énonciation de l'effet juridique de la règle de droit international privé. Les deux méthodes opposées par M. Francescakis ne sont que deux variantes de la méthode générale applicable aux questions de droit régies par des règles, caractérisée par l'existence d'un choix entre des normes émanant d'Etats différents.

SECTION II

LE JUGE EST SAISI D'UNE QUESTION DE DROIT RÉGIE PAR UNE DÉCISION.

125. — Après avoir analysé la *position du problème de droit privé* posé au juge (§ 1), on montrera que le problème de droit international privé qui lui est greffé se caractérise par la présence d'une norme unique, qu'il y a lieu seulement d'*accepter ou de rejeter* comme base de déduction (§ 2). La *méthode applicable aux questions de droit régies par des décisions* (§ 3) se déduit de cette particularité du problème de droit international privé.

§ 1. — Position du problème de droit privé.

126. — La question de droit régie par une décision a une structure aussi simple que la décision elle-même. Une partie demande que soit consacré un certain état de droit : le fait, par exemple,

(1) Ph. FRANCESCAKIS, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate... », R., 1966, p. 3.

(2) Ph. FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz de Droit internat.*, V^e, *Conflit de lois*, n° 72.

qu'elle est propriétaire de tel objet ou que tel individu est incapable ou encore que tel autre est en faillite, etc... Ces prétentions ne sont pas présentées par elle comme la conséquence de la réunion d'un certain nombre de faits. Elles doivent être admises ou rejetées au simple vu du contenu de la norme.

127. — Le demandeur à une telle question de droit n'omet jamais de se prévaloir de l'existence d'une décision déterminée qui, d'après lui, impose l'état de droit dont il veut voir reconnaître les effets.

Le juge français a-t-il le droit, comme en matière de choix de la règle, de rechercher lui-même les normes qui peuvent exister sur la même question dans les autres ordres juridiques ? Il se heurterait certainement à de grandes difficultés, car les décisions sont plus nombreuses et plus difficilement classifiables que les règles. La Cour de Cassation a cependant jugé qu'une Cour d'appel avait pu s'opposer valablement à la reconnaissance d'un jugement étranger de divorce, en raison de l'existence d'un jugement français qui avait antérieurement déclaré l'union indissoluble. Or le jugement français n'avait pas été invoqué par les parties (1). La portée de cette solution — qui a été d'autant plus remarquée qu'en droit interne l'exception de chose jugée n'est pas d'ordre public — est cependant difficile à déterminer. On se demande notamment si elle autoriserait, ou même obligerait, le juge français à invoquer d'office l'autorité de chose jugée à l'étranger dans les matières où l'exequatur n'est pas nécessaire (2).

Quoi qu'il en soit, il est en tout cas possible à chaque partie d'invoquer à l'encontre de la décision rendue en faveur de l'autre, une décision rendue en sa faveur (3). Dans le cas, d'ailleurs exceptionnel, où existent ainsi plusieurs décisions sur le même point, le juge est obligé de choisir celle dont il déduira le droit. Ce n'est donc pas par la mention d'une décision déterminée que l'on peut définir la question de droit, mais uniquement par l'énoncé de l'état de droit prétendu. Ceci confirme le fait que l'objet de la demande n'est jamais ni l'exequatur ni la reconnaissance d'une décision, mais le prononcé d'un état de droit (4).

(1) Cass. civ., 15 mai 1963, *Gaz. Pal.*, 1963.2.40 ; J., 1963.1016, note Malaurie ; J.C.P., 1963.II.13365, note Motulsky ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1964.164, obs. Hébraud ; R., 1964.532, note Lagarde.

(2) M. Malaurie (note précitée) est hostile à ce qu'une obligation soit faite en ce sens au juge français : « il serait paradoxal, écrit-il, qu'un jugement étranger ait une autorité plus grande que la loi étrangère » (p. 1030). Nous verrons cependant (*infra*, Chap. IV) que l'on peut soutenir que le respect dû à la norme étrangère est plus grand lorsqu'elle est une décision que lorsqu'elle est une règle.

(3) V. par ex. Civ., 9 mai 1900, J., 1900.613, D.P., 1900.I.101, note L. S. ; S., 1901.I.185, note E. A. ; Civ., 8 janv. 1963, R., 1963.109, note G. H. ; D., 1963.341, note Ph. M. ; J., 1963.1032, note Ponsard ; J.C.P., 1964.II.13470, note Ph. F.

(4) V. *supra*, n^{os} 41 à 45.

128. — En employant, avec la même signification, les symboles utilisés pour définir les questions de droit régies par des règles, on peut désigner la question de droit dont nous traitons par l'expression : question (b). Le terme b représente la prétention du demandeur.

Ce procédé d'identification met en évidence le fait que la norme, ou les normes, auxquelles est rattachée la question de droit, sont des décisions. En l'écrivant (b), et non (a,b) on implique en effet que la prétention du demandeur repose sur l'existence d'une norme dépourvue de présumé, donc catégorique.

Les décisions qui régissent la question de droit s'énoncent de l'une des quatre manières suivantes : « Que B soit » ; « que B ne soit pas » ; « que b soit » ; « que b ne soit pas ». Les deux premières formes sont collectives ; B désigne toute proposition générale dont b est une énonciation particulière. Les deux dernières formes sont individuelles.

§ 2. — L'alternative entre l'acceptation et le rejet de la décision.

129. — Un plaideur invoque en France le fait qu'une décision émanant d'un organe du pays I a instauré un état de droit b. Deux hypothèses sont à distinguer. Ou bien l'organe d'un autre pays a rendu une décision identique ou incompatible, sur la même question de droit, ou bien il n'existe aucune autre décision sur ce point.

L'observation montre qu'il est extrêmement rare que deux décisions coexistent sur le même point. En matière d'effet des jugements étrangers, par exemple, alors que les décisions françaises d'exequatur et de reconnaissance de jugements isolés sont suffisamment nombreuses pour que se soit élaborée en jurisprudence une méthode précise, il est encore impossible d'exposer de manière cohérente les solutions en vigueur en cas de conflit entre deux ou plusieurs décisions exprimées. L'hypothèse normale — statistiquement parlant du moins — est celle où une seule décision a été rendue. Nous raisonnerons dans cette seule éventualité.

L'absence de décision sur un point donné dans un ordre juridique se traduisant par un vide (A) et aucune règle n'ayant d'autre part vocation à régir la question de droit posée (B), il n'y a pas lieu de choisir entre les divers ordres juridiques, mais de résoudre l'alternative entre l'acceptation ou le rejet comme base de déduction de la seule norme invoquée (C).

A. — L'ABSENCE DE DÉCISION EXPRESSE SUR UN POINT DONNÉ DANS UN ORDRE JURIDIQUE CONSTITUE UNE LACUNE.

130. — L'absence dans une législation d'une règle exprimée de forme « A entraîne B » se traduit par l'existence d'une règle implicite « A n'entraîne pas B » (1). En revanche, l'absence d'une décision exprimée de forme : « Soit B », n'implique pas l'existence d'une décision de forme : « Que B ne soit pas ». En effet si l'absence d'une certaine *relation* entre deux objets est encore une relation — différente mais de même nature —, l'absence d'un *être* (ici, une certaine norme juridique) n'implique pas *en soi* la présence d'un être différent. Il faudrait que l'être consiste en une relation, ce qui est le cas pour la règle mais non pour l'ordre catégorique qu'est la décision. Celle-ci n'existe donc que si elle est spécialement promulguée.

Ceci est facilement vérifiable. Lorsqu'il existe une décision valable dont le contenu est : « X doit observer le comportement A », la proposition : « X doit observer le comportement A » est exacte. Mais elle peut l'être encore, même en l'absence de décision, si une règle dont l'effet juridique est « ... un individu doit observer le comportement A », est applicable à X. La proposition « X n'est pas obligé d'observer le comportement A » ne peut donc se déduire rigoureusement de l'absence de la décision : « X doit observer le comportement A ».

Ce n'est que lorsque la décision absente dans une législation est une dispense que l'état de droit qui découle de cette absence est nécessairement identique à celui qui résulterait de l'existence d'une décision contraire. Mais il est en fait la conséquence de la règle, non d'une décision implicite. Il serait inexact de considérer par exemple que le Président de la République française, qui a le pouvoir d'écarter certains empêchements au mariage, interdit le mariage à ceux qui ne sollicitent pas de lui une dispense. L'interdiction résulte des règles : il suffirait que celles-ci changent pour que le mariage devienne possible.

Dans l'hypothèse où un ordre juridique ne comprend pas une certaine décision, on doit donc considérer qu'il comporte une lacune : le législateur *n'a pas pris parti* sur l'opportunité de cette mesure ; son silence n'a pas de signification positive.

B. — ABSENCE DE VOCATION D'UNE RÈGLE QUELCONQUE A RÉGIR LA QUESTION DE DROIT.

131. — La décision soumise au juge n'entre pas davantage en concurrence avec une *règle* appartenant à la législation de l'un des pays concernés par la situation litigieuse.

(1) V. *supra*, n° 102 à 107.

En appliquant le système de règles de l'un de ces pays, il est certes possible de déterminer une solution du litige : soit *b*, soit non-*b*. Un plaideur qui invoque un jugement de divorce prononcé par le pays I sera déclaré non marié en vertu de cette *décision* si elle est prise en considération, ou au contraire marié en vertu des *règles* du pays II (désigné par la norme de choix) relatives à la validité du mariage. Il y a donc coexistence de normes établissant un état de droit ou l'état de droit contraire.

Mais il convient de rappeler que le problème de droit international privé ne s'articule pas sur un état de droit mais sur une question de droit (1). Or une règle quelconque de type (A, B) n'est pas susceptible de régir une question de type (*b*). Il ne peut donc jamais y avoir concurrence (dans le sens de : vocation commune à régir une même question de droit) entre une règle quelconque et une décision quelconque. La meilleure preuve en est fournie par le fait que la règle et la décision peuvent appartenir au même ordre juridique sans que la présence de l'une modifie en quoi que ce soit la portée ou la signification de l'autre. Puisqu'une décision de divorce établissant l'état de non-mariage entre X et Y et émanant du pays I ne contredit pas les règles du pays I d'après lesquelles toutes les conditions de validité (donc d'existence) du mariage entre X et Y sont réunies, elle ne saurait entrer non plus en concurrence avec les règles homologues en vigueur dans le pays II. Le juge, s'il décide de donner effet au jugement de divorce ne rejette pas par là les règles des divers ordres juridiques relatives à la validité du mariage. Il ne procède pas à un choix.

C. — POSITION DU PROBLÈME DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : L'ALTERNATIVE.

132. — Ainsi le juge n'est confronté ni à un problème de choix entre plusieurs décisions, ni à un problème de choix entre une décision et des règles. Une norme particulière lui est soumise et aucune autre norme, abstraite ou concrète, n'existe sur le même point.

Si la norme est française, il ne peut l'écarter comme base de déduction. A la différence de ce qui est en général vrai pour les règles, les décisions « veulent » par hypothèse s'appliquer aux sujets ou objets concrets qu'elles visent. Et le juge est obligé de contribuer à l'efficacité des ordres que donne l'autorité qui l'a institué.

Si la décision est étrangère, la possibilité de ne pas lui donner effet apparaît. Le problème est alors de savoir si la décision étrangère doit avoir effet en France ou non. *C'est une alternative : il y a lieu, soit à admission, soit à rejet, de la décision.*

(1) V. *supra*, n° 91.

133. — Pour savoir si le problème de droit international privé se pose effectivement, une question préliminaire doit toutefois être tranchée : le cas en litige est-il de ceux auxquels la décision étrangère « veut » s'appliquer ? Nous avons éliminé cette préoccupation dans le cadre de la concurrence des règles, en montrant d'une part que la vocation de la règle n'est pas limitée par la règle de choix de son auteur (1) et d'autre part que lorsque son domaine d'application est limité par ses propres dispositions, il existe dans la même législation une autre règle qui recouvre le domaine extérieur à ces limites (2).

En ce qui concerne les décisions, la norme étrangère de droit international privé n'est évidemment pas à consulter, puisqu'elle ne concerne que les décisions étrangères au système auquel elle appartient. Mais il se peut qu'une décision étrangère détermine elle-même sa portée dans l'espace. Ses dispositions s'imposent alors de toute évidence au juge français, car celui-ci ne peut déduire le droit d'une décision dans un cas qu'elle ne vise pas ; ce ne serait pas une application mais plutôt la création d'une décision nouvelle (3). Par ailleurs, la décision n'étant pas complétée, relativement au domaine qu'elle ne couvre pas, par une autre norme du même système que le juge français pourrait appliquer à son défaut, la portée de la décision d'après le système étranger doit être reconnue *avant* que l'on puisse savoir si le problème de son efficacité en France se pose (4).

Cette antériorité logique du problème de la portée intrinsèque de la décision étrangère n'implique pas pour autant que le juge soit *obligé* de le résoudre en premier. S'il lui paraît que de toute façon la décision étrangère doit être rejetée en raison de la teneur de la règle française de droit international privé, il peut se dispenser de

(1) V. *supra*, n° 113.

(2) V. *supra*, n° 112.

(3) Dans certaines des récentes affaires dans lesquelles s'est trouvé posé le problème des effets en France des mesures de nationalisation algériennes (qui sont des décisions : v. *infra*, n°s 156 et s.), les tribunaux français cependant, sans rechercher dans la loi étrangère la portée de ses dispositions, ont affirmé qu'il serait contraire à l'ordre public français que le passif ne soit pas transféré si l'actif l'était. Ils modifiaient ainsi, ou du moins prenaient le risque de modifier, la portée de la décision, quant à la *nature* de ses effets. Un raisonnement analogue pourrait conduire à modifier la portée de la décision quant à l'*étendue de ses effets dans l'espace*. Il suffit d'imaginer que la décision étrangère ait prévu le transfert du passif, mais l'ait limité aux dettes présentant un certain lien avec le pays nationalisant et que ce lien se révèle trop restrictif eu égard aux conceptions des juges français. Cet emploi de la notion d'ordre public pour modifier la portée d'une décision dont on affirme par ailleurs tenir compte nous semble critiquable.

(4) *Contra* : T. GHEL, « Lois politiques et droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1953, *Rec.*, t. 83, p. 205, à propos des mesures législatives d'expropriation : « logiquement la question de l'applicabilité de la loi, question du droit international privé, devrait être résolue en premier lieu... Avant de savoir si la loi étrangère est applicable en vertu du droit international privé du for, il n'y a pas lieu de s'intéresser à son contenu matériel ». Cette affirmation n'est exacte que lorsque la norme est une règle.

rechercher sa portée exacte. Il y a intérêt chaque fois que cette recherche serait délicate. La formulation de la décision, en effet, est parfois nébuleuse (1) et le juge français peut être saisi alors que les juges étrangers n'en ont pas encore donné une interprétation satisfaisante. Il n'est obligé de se prononcer que si la décision remplit par ailleurs toutes les conditions requises pour son efficacité en France.

§ 3. — La méthode applicable aux questions de droit régies par des décisions.

134. — Une question de droit (*b*) prétendument résolue par une norme étrangère est soumise à un tribunal français. Celui-ci doit trancher préalablement le problème de droit international privé qui se superpose au problème de droit privé.

Prenons l'exemple d'une expropriation. Le problème (*b*) de droit privé est : la perte, par l'effet d'une norme catégorique, de la qualité de propriétaire de X sur le bien A en litige.

Les éléments du problème de droit international privé sont :

- les données :
 - la position d'un problème de droit privé (*b*) ;
 - l'existence d'une décision relative à la qualité de propriétaire de X sur le bien A, émanant du pays I ;
- la prétention :
 - l'efficacité de la décision quant à la solution du problème de droit privé.

Si la question de droit privé se définit indépendamment de la décision invoquée (2), on voit qu'il en va différemment pour le problème de droit international privé qui lui correspond, lequel se distingue également par là du problème du choix de la règle (3).

135. — Cette remarque est essentielle pour la détermination de la méthode. Puisque la décision est une donnée du problème, il est inutile de la rechercher comme on recherche la règle applicable. L'auteur de la règle de droit international privé doit seulement *subordonner* l'efficacité en France de chaque type de décisions

(1) Comp. F. A. MANN, « The confiscation of corporations, corporate rights and corporate assets and the conflict of laws » (*Internat. and Comp. Law. Q.*, 1962, p. 471) : « L'expérience a montré que la soudaineté et la rapidité sont des caractéristiques des mesures de confiscation. Il s'ensuit que, sur le plan juridique, les lois de confiscation sont fréquemment d'une obscurité bien particulière ».

(2) V. *supra*, n° 127.

(3) V. *supra*, n° 120.

à un certain nombre de conditions ; quant au juge, il devra confronter les caractéristiques de la décision invoquée devant lui à celles qu'elle doit présenter selon la règle de droit international privé, et *opter* en conséquence pour son acceptation ou pour son rejet.

136. — Toutes les conditions auxquelles l'efficacité d'une décision peut être subordonnée ne se situent pas sur le même plan. La plupart d'entre elles ont un rôle négatif ; elles se contentent de rendre plus difficile l'admission de la décision : ainsi lorsque l'on exige, par exemple, que celle-ci ne heurte pas les exigences de l'ordre public. Mais il est un facteur dont l'importance théorique est beaucoup plus grande : c'est l'origine étatique de la norme. C'est en effet l'extranéité même de la décision qui pose le problème de droit international.

Une norme étrangère, dépourvue au regard du juge français de son élément impératif, ne peut constituer une base de déduction que si une règle française le prévoit. Qu'elle prenne ou non en considération d'autres aspects de la décision, la règle française de droit international privé doit en tout cas indiquer au juge si l'extranéité de la décision qui lui est soumise est ou non un obstacle absolu à son efficacité, ou, de façon plus « fine », si le fait qu'elle émane de *tel ou tel pays étranger* lui interdit de la prendre comme base de déduction ou l'y autorise. Et c'est seulement dans l'hypothèse d'une réponse favorable que les autres conditions éventuellement posées devront être examinées (1).

137. — Les éléments de la règle de droit international privé peuvent être déterminés par généralisation des éléments du problème de droit international privé. Nous ne retenons toutefois, par souci de simplicité, que la partie de la règle relative à l'origine étatique des décisions, facteur, comme nous venons de le voir, essentiel.

Présupposé.

1) On soumet au juge une question de droit que l'on prétend régie par une décision déterminée.

2) L'Etat dont émane la décision présente un certain lien avec une personne, une chose ou un événement en rapport avec elle.

Effet juridique : la décision est efficace.

Une illustration concrète de ce schéma est fournie par la règle suivante :

« Un jugement étranger aura effet en France si le défendeur au litige qu'il a tranché était domicilié dans le pays dont il émane » (ou : « s'il émane du pays du domicile du défendeur au litige »). La condition d'efficacité posée par le présupposé est la coïncidence entre le pays dont la décision émane et celui du domicile du défendeur ;

(1) De la même façon, en matière de choix de la règle, la vérification de la non-contrariété à l'ordre public ou celle de l'absence de fraude à la loi apparaissent à un stade postérieur à la détermination de l'ordre juridique « compétent ».

on peut parler d'un *rattachement* de la décision au pays du domicile du défendeur.

Mais la règle, plutôt que de poser une condition qui entraîne de façon radicale l'efficacité ou l'inefficacité de la décision, doit parfois être plus nuancée, de façon à rendre possible l'efficacité partielle d'une décision. Elle attribuera alors au type de décisions qu'elle visera un domaine d'efficacité. Une décision de ce type sera soit totalement efficace (si les objets qu'elle vise sont tous compris dans le champ d'efficacité prédéterminé par la règle de droit international privé), soit totalement inefficace (si tous les objets visés sont situés hors de ce champ), soit partiellement efficace (si certains objets seulement sont situés dans le champ d'efficacité).

A titre d'exemple, on peut imaginer la règle suivante :

« Une mesure étrangère d'expropriation sera efficace en France quant aux droits réels portant sur les immeubles situés sur le territoire du pays dont elle émane ».

Il est, ici encore, possible de parler d'un *rattachement* de la décision à l'Etat du lieu de situation de l'immeuble exproprié, en ne perdant pas de vue que ce rattachement qui définit un *domaine* d'efficacité joue moins brutalement que celui par lequel on pose une *condition* d'efficacité.

La différence entre les deux types de rattachements n'est toutefois que secondaire, et ne nous empêche pas d'attribuer aux règles qui adoptent soit l'un, soit l'autre, la même dénomination provisoire de *règles d'efficacité « ratione originis »*.

* * *

138. — Deux méthodes doivent donc être distinguées, suivant que la question de droit soumise au juge est régie par une règle ou par une décision. Il pourrait cependant être objecté que l'emploi de la méthode de l'efficacité des décisions ou de celle du choix de la règle est indifférent, parce que dans le cadre de la première s'impose le contrôle de la compétence de la règle appliquée par l'auteur de la décision, et donc le recours à la seconde méthode. Nous pensons que ce contrôle ne s'impose pas, en général, et qu'il est d'ailleurs impossible lorsque l'auteur de la décision n'a pas appliqué de règle (décisions législatives). Mais de toutes façons donner effet à une décision après avoir contrôlé la compétence de la règle appliquée est bien autre chose qu'appliquer soi-même cette règle, dès lors que le juge ne remet en cause ni l'appréciation des faits, ni la correction du raisonnement juridique effectué, ni, éventuellement, l'usage d'un pouvoir discrétionnaire.

Nous allons voir d'ailleurs que le droit positif connaît les deux méthodes, et ne les emploie pas indifféremment — encore que le critère de répartition qu'il respecte ne coïncide pas avec le nôtre.

CHAPITRE III

CONFRONTATION AVEC LE DROIT POSITIF.

139. — Le chapitre précédent a établi que la teneur des méthodes propres à résoudre les problèmes de droit international privé variait suivant que la question de droit posée au juge était régie par une règle ou par une décision. Ce résultat est en réalité double. D'une part nous avons décrit les deux méthodes auxquelles le raisonnement nous conduisait : l'une d'elles se caractérise par le choix d'une norme *a priori* indéterminée, l'autre par l'option entre le rejet ou l'acceptation d'une norme prédéterminée. D'autre part, nous avons implicitement attribué à chacune d'elles un domaine d'application : la première s'applique aux questions de droit régies par des règles, la seconde aux questions de droit régies par des décisions.

Notre démonstration se plaçait uniquement *de lege ferenda* ; elle ne reposait sur aucun texte, sur aucune solution jurisprudentielle. Il est temps à présent de laisser de côté les spéculations théoriques et de confronter les résultats auxquels nous sommes parvenus avec les solutions du droit positif.

Une question préalable se pose toutefois : quelle solution devons-nous tenir pour exacte en cas de divergence révélée par la confrontation ? En ce qui concerne la *consistance des méthodes* (section I) il paraîtrait bien improbable que les tribunaux appliquent constamment des méthodes qui ne soient pas, même dans leurs grandes lignes, appropriées à leur objet. Aussi la confrontation, de ce point de vue, constituera-t-elle essentiellement une vérification de l'exactitude de notre point de vue.

En revanche, si une divergence de portée limitée apparaissait quant à la détermination du *domaine respectif des méthodes* (section II), elle établirait en principe à nos yeux une erreur du droit positif ; nous ne nous dispenserions cependant pas de le vérifier.

SECTION I

CONSISTANCE DES MÉTHODES.

140. — Nous comparerons successivement la méthode du choix de la règle à la méthode du conflit de lois, et la méthode de l'efficacité des décisions à la méthode du conflit de juridictions.

§ 1. — Méthode du choix de la règle
et méthode du conflit de lois.

141. — La méthode qui permet, en droit positif, de déterminer la loi applicable à une question de droit est, dans l'immense majorité des cas, la méthode dite du « conflit de lois » (1). Cette méthode consiste pour l'auteur de la règle de droit international privé, à faire correspondre à un type de relations juridiques l'indication de la législation à laquelle il est lié, compte tenu de sa nature spécifique (2). Pour le juge, elle culmine dans le choix, effectué à l'aide de la règle de droit international adéquate, de la loi substantielle qu'il appliquera pour résoudre le litige au fond.

Il y a bien identité entre le procédé du conflit de lois et celui du choix de la règle.

142. — La même identité se retrouve naturellement entre la règle de conflit de lois (« l'instrument opérationnel » (3) de la méthode du conflit de lois) et la règle de choix de la règle.

Considérons par exemple l'analyse que Gutzwiller (4) donne de la règle de conflit de lois : « Une hypothèse (*Tatbestand*), qui inclut (a) une question de droit (*Rechtsfrage*) et (b) un élément qui lie la situation avec un certain pays (*städtliche Beziehung*), et qui fournit les prémisses de la conséquence juridique (*Rechtsfolge*) ». Elle ne diffère de notre analyse de la règle de choix de la règle (5) que par un point : pour Gutzwiller, la deuxième partie du présupposé n'est pas l'existence d'un élément d'extranéité, mais plus précisément l'élément même qui est retenu comme circonstance de rattachement (6).

(1) Sur la méthode de la détermination de l'empire des lois dans l'espace, v. *supra*, n° 124.

(2) SAVIGNY, *Traité de droit romain*, 1849, Vol. 8, p. 28, 108.

(3) L'expression est de M. Ph. Francescakis, R., 1967.435.

(4) *Internationales Privatrecht*, in STAMMLER, *Das Gesamte Deutsche Recht*, 1930, p. 1539 et s.

(5) V. *supra*, n° 121.

(6) Il est impossible de faire entrer une règle de conflit dans le schéma de Gutzwiller. Soit par exemple la règle qui soumet la détermination du régime matrimonial à la loi du domicile conjugal au moment du mariage. Comment

Cette divergence est secondaire. Elle s'explique non par les différences de l'objet décrit, mais par les difficultés de la description. Celles-ci sont telles d'ailleurs qu'on rencontre rarement deux analyses identiques de la règle de conflit de lois. En fait la règle de choix de la règle que nous avons décrite ressemble plus à la règle de conflit de lois décrite par Gutzwiller que la règle de conflit de lois telle qu'elle est analysée par d'autres auteurs (1).

143. — Elle paraît cependant plus éloignée de la règle de conflit telle qu'elle se présente dans les divers droits positifs.

Le présupposé de la règle de droit international privé doit viser, avons-nous dit, un type de questions de droit. Or, il ne semble pas que ce soit le cas pour la plupart des règles de conflit de lois. Prenons l'exemple de la règle de conflit suivant laquelle « l'état des personnes est régi par leur loi nationale ». Son présupposé vise « l'état des personnes » ; à première vue, ce n'est pas une question de droit.

Il n'y a là, en réalité, qu'une particularité de rédaction, qui s'explique par des raisons pratiques. Des règles de conflit dont le présupposé ne retiendrait qu'une seule question de droit devraient être extrêmement nombreuses, et le législateur, faute d'utiliser une formule synthétique, risquerait d'omettre d'affecter une circonstance de rattachement à chaque type de questions de droit. Il envisage donc dans une même règle plusieurs types de questions de droit, dont les caractères communs appellent un rattachement identique. Il ne serait d'ailleurs pas bon que les règles de conflit soient très spécialisées, car cela entraînerait le « morcellement », dont les inconvénients ont été souvent dénoncés (2), d'une même situation juridique en questions de droit régies par des règles appartenant à des législations différentes.

Pour désigner les diverses questions de droit qu'il envisage, le législateur utilise un terme qui évoque leur caractéristique commune, c'est-à-dire qui les *qualifie*. Dans la référence faite par le législateur à un *concept* (mariage, divorce, filiation, contrat, testament, régime

exprimer ce qui doit correspondre au deuxième élément du présupposé type ? On ne peut dire ni « s'il existe un domicile conjugal... » (il existe toujours), ni « si le domicile conjugal est situé dans tel pays... » (la règle de conflit doit pouvoir s'appliquer quel que soit le pays du domicile). La circonstance de rattachement n'est en réalité précisée que dans l'effet juridique de la règle de conflit.

(1) V. par ex. MAURY, « Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1936, *Rec.*, t. 57, p. 459 ; AGO, « Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1936, *Rec.*, t. 58, p. 314 et s. ; RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, n° 151. Un autre signe de l'identité des deux règles peut être découvert dans la dénomination anglosaxonne récente de : « *choice of law rule* » (règle de choix de la loi) qui désigne la règle de conflit de lois.

(2) V. notamment, à propos des contrats, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 595 ; H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, nos 38 et s. ; et en général G. BOLARD, *La réalisation judiciaire du droit international privé*, thèse Dijon, 1968, p. 149 et s.

matrimonial, etc.) parfois assorti d'une précision technique (condition, effet), il ne faut reconnaître qu'un *moyen commode de désigner divers types de questions de droit que la règle de conflit entend régir* (1). Par exemple, la qualification : condition de fond du mariage, évoque une catégorie de questions de droit : toutes celles dont le second élément (la prétention du demandeur à la question) est la remise en cause de la validité du mariage, et dont le premier est une circonstance invoquée à l'appui de la demande, telle que l'inexistence du consentement, la bigamie, l'impuberté, etc. (2).

Cette analyse est confirmée lorsque le législateur précise lui-même certaines des questions de droit visées par le concept. Ainsi la Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable « aux obligations alimentaires envers les enfants » (*concept*) traite, dans divers articles, de la loi applicable *aux questions de savoir* « si, dans quelle mesure et à qui, l'enfant peut réclamer des aliments », « qui est admis à intenter l'action alimentaire » et « quels sont les délais pour l'intenter ».

144. — Toujours pour la raison que ce qui importe n'est pas la formulation du présupposé mais ce qu'il vise réellement, il ne faut pas s'arrêter au fait que parfois le législateur mentionne non les concepts juridiques mais les règles de droit. C'est le cas, par exemple, de l'article 1^{er} de la loi suisse de 1891 sur les conflits intercantonaux, qui prévoit que « les dispositions cantonales en matière de personnes, de famille et de succession » doivent être appliquées à toutes les personnes domiciliées dans le canton. Il faut lire que toutes les questions de droit relatives aux personnes, à la famille et aux successions sont régies par la loi cantonale du domicile.

145. — Ainsi le présupposé des règles de conflit vise toujours, quelle que soit la formulation particulière de chaque règle, un ou plusieurs types de questions de droit (3). Il n'y a donc en définitive

(1) Cf. en ce sens, RAAPE, « Les problèmes d'application des règles de conflit », *Cours Acad. Droit internat.*, 1934, t. 50, p. 479.

(2) Il arrive, assez rarement, que le présupposé soit rédigé en termes de fait. Par exemple l'article 57 de la loi du 18 juin 1966 prévoit que « les opérations visées au présent titre (c'est-à-dire celles qui réalisent la mise à bord et le débarquement des marchandises) sont soumises à la loi du port où opère l'entrepreneur ». C'est encore un moyen de désigner des questions de droit : celles qui peuvent se poser *à propos des opérations* mentionnées. Nous savons d'ailleurs (v. *supra*, n° 60) qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les présupposés exprimés à l'aide de concepts juridiques et ceux qui utilisent des termes de fait.

(3) Pour la doctrine cependant les choses ne sont pas si simples et la nature de l'objet de la qualification a été âprement discutée. M. WENGLER (« Réflexions sur la technique des qualifications », *R.*, 1954, p. 669) pose la question en ces termes : « Est-ce la demande en justice ? La règle de droit privé ? Le rapport juridique créé par une règle de droit privé ? ». M. LEPAULLE (*Droit international privé*, p. 115 et s.) penche pour la seconde solution, KAHN et BARTIN pour la troisième. RABEL (« Le problème des qualifications », *R.*, 1933, 1 et s.), M. AGO (« Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1936, *Rec.*, t. 58, p. 313 et s.) et M. RIGAUX (*op. cit.*, n° 156) en adoptent une quatrième :

aucune différence réelle entre la règle de conflit de lois et la règle de choix de la règle.

Il devient alors possible d'adopter une terminologie commune. Laquelle choisir ? Nous croyons préférable de ne pas employer sans nécessité absolue des termes que n'a pas consacrés la pratique : *verba valent usu* ; nous parlerons donc uniquement, dans la suite de ce travail, des règles de conflit de lois et de la méthode du conflit de lois.

§ 2. — Méthode de l'efficacité des décisions et méthode du conflit de juridictions.

146. — En droit positif français, les décisions étrangères font l'objet d'un « traitement » différent suivant l'organe qui les a prononcées. Les tribunaux leur appliquent la méthode du conflit de lois si

pour eux, l'objet de la qualification, ce sont les faits de la cause. MM. BATIFFOL et LAGARDE (*Traité*, n° 291, note 5) estiment qu'il faut distinguer suivant que les faits de la cause peuvent se classer directement dans une catégorie de la règle de conflit, ou n'interviennent en justice que déjà revêtus d'un caractère juridique. M. Francescakis adopte également une position nuancée. Pour lui : « En pratique, tout dépend de la manière dont une question de droit est effectivement posée aux tribunaux » (*Rép. Dalloz de Droit internat.*, V° *Conflit de lois*, n° 160). Pour MM. LEWALD (« Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1939, *Rec.*, t. 69, p. 10 et s.), GUTZWILLER (*op. cit.*, loc. cit.) et FALCONBRIDGE (« Conflict rule and Characterization of Question », *Can. Bar. Review*, 1952.103), l'objet est « une question de droit naissant de certaines circonstances de fait » (*a legal question arising from the factual situation* : FALCONBRIDGE, *op. cit.*, p. 106).

La discussion est obscurcie par le fait que les auteurs parlent tantôt du procédé de formulation, tantôt de ce que recouvre la formulation. Or si les procédés sont, comme nous l'avons vu, nombreux, les éléments de la catégorie qualifiée sont toujours les questions de droit. Le présupposé de la règle de conflit, comme celui de toute règle, est une hypothèse à laquelle est relié un effet juridique. Or l'hypothèse dans laquelle le juge doit choisir une législation c'est sa saisine sur une question de droit de caractère international.

Sont donc à écarter comme objets de la qualification :

— les rapports juridiques : « un rapport juridique ne peut naître à l'égard des tribunaux (et, en général, de l'ordre juridique), d'un certain pays qu'en vertu d'une législation rendue compétente par la règle de conflit de ce pays » (W. WENGLER, *op. cit.*, p. 666) ;

— les faits de la cause d'une part, l'objet de la demande d'autre part : c'est seulement par leur réunion qu'ils définissent une question de droit ;

— les demandes en justice : en effet une question de droit peut être soulevée accessoirement et préalablement au problème principal, objet de la demande ;

— les règles de droit, françaises ou étrangères : celles-ci ne sont pas déterminées avant que le juge ait appliqué la règle de conflit.

Quant à la théorie selon laquelle l'objet de la règle de conflit est « une question de droit naissant de certaines circonstances de fait », elle est très proche de notre position ; mais la précision que la question de droit naît d'une situation de fait n'ajoute rien, et n'est d'ailleurs pas dénuée d'ambiguïté. Parmi les faits invoqués par le demandeur à la question de droit, certains en effet peuvent déjà être juridiquement qualifiés par d'autres règles : ainsi les questions de droit qui répondent à la qualification « effets du mariage » impliquent l'existence d'un mariage valable.

elles émanent du pouvoir législatif, et la méthode du conflit de juridictions si elles constituent des jugements ou des actes publics.

Cette seconde méthode est identique à la méthode dont nous avons dégagé les traits essentiels en raisonnant dans l'hypothèse où la question de droit soumise au juge est régie par une décision. Elle se caractérise par le fait que le juge, au lieu de choisir l'ordre juridique dans lequel il trouvera la norme applicable, s'attache à résoudre l'alternative entre l'acceptation ou le rejet du seul jugement ou acte public qui est invoqué devant lui, en procédant à un contrôle de conformité de la norme à diverses conditions posées par le législateur ou par la jurisprudence.

En l'état actuel, ce contrôle, en ce qui concerne particulièrement les jugements, porte sur cinq points : compétence interne (ou spéciale) du juge, compétence internationale (ou générale) de l'ordre juridictionnel auquel appartient le juge, choix de la règle appliquée au fond, conformité à l'ordre public français, absence de fraude à la loi. Jursqu'en 1967, il concernait aussi la régularité de la procédure suivie et jusqu'en 1964, le juge était en outre autorisé à réviser le jugement étranger quant au fond (1).

147. — La condition relative à la compétence internationale fait l'objet de règles dites de *compétence internationale indirecte* que M. Batiffol (2) définit ainsi : « Il s'agit de savoir si, d'une manière générale, les tribunaux du pays où la décision a été rendue étaient compétents au regard des règles de compétence internationale, autrement dit, si ces règles attribuaient le litige à leur pays ou à un autre ».

Cette définition est à peu près identique à celle que nous avons donnée des règles d'efficacité internationale des décisions *ratione originis*. On peut vérifier la coïncidence à l'aide d'un exemple : on considère sans discussion que la règle d'après laquelle un jugement étranger peut être efficace en France, si le défendeur était domicilié dans le pays dont il émane, est une règle de compétence internationale indirecte ; or c'est bien l'origine étatique du jugement qui est prise en considération en vue de son efficacité en France. La règle de compétence internationale indirecte est la dénomination attribuée par la doctrine et la jurisprudence françaises à la règle d'efficacité internationale *ratione originis* lorsqu'elle concerne certaines décisions : les jugements et les actes publics (3).

(1) V. les références, *supra*, p. 3, note 1.

(2) *Traité*, n° 718.

(3) De même que les règles d'efficacité internationale *ratione originis* des décisions nous ont paru former le pendant des règles de choix des règles, de même, pour Lerebours-Pigeonnière et M. Loussouarn (*Précis*, 9^e éd., 1970, n°s 271 et 394) les principes généraux des conflits de *compétence* judiciaire répondent aux principes généraux du règlement des conflits de lois. On rencontre aussi l'affirmation que la condition de compétence du tribunal étranger est « la première dans l'ordre logique » (BREDIN, Communication au Comité français de droit

148. — La différence de terminologie est en elle-même dénuée d'importance. Il ne nous paraît donc pas utile de garder, dans la suite de notre travail, les expressions nouvelles que nous avons introduites. Nous parlerons désormais, quelle que soit la nature des décisions étrangères en cause, non des « règles d'efficacité internationale *ratione originis* », mais des « règles de compétence internationale indirecte ».

Cependant cette dénomination habituelle est ambiguë et a engendré des erreurs. A défaut de modifier le vocabulaire, il nous faut au moins montrer en quoi il est trompeur ; cela est d'autant plus nécessaire que de l'erreur sur la *notion* sont nées des erreurs sur les solutions concrètes à apporter au problème du *contenu* de la règle, dont nous devons ultérieurement parler (1).

149. — Dans l'expression « compétence internationale indirecte » le terme « indirecte » signifie que la compétence est envisagée en vue d'un contrôle que doit subir une décision étrangère ; les termes « compétence internationale » évoquent l'objet du contrôle : de même que le juge français vérifie la compétence interne de l'organe étranger parmi les divers organes de l'Etat au nom duquel il a agi, de même il doit s'assurer que l'Etat était, quant à lui, internationalement compétent pour agir par l'intermédiaire de l'un quelconque de ses organes (2). Telle est du moins l'interprétation consacrée par la quasi unanimité de la doctrine (3).

Ainsi la règle de compétence internationale indirecte imposerait au juge français de vérifier la compétence internationale directe du juge étranger. Nous soutenons cependant qu'une règle qui instituerait effectivement un tel contrôle différerait, tant par sa structure que par sa fonction, de la règle de compétence internationale indi-

international privé, *Travaux*, 1964.66, p. 22), qui correspond à l'opinion que nous avons exprimée sur le caractère primordial du contrôle de l'origine étatique des décisions étrangères (v. *supra*, n° 136). Pour certains même (BELLET, Communication au Comité de droit international privé, *Travaux*, 1962.64, p. 279), « le contrôle du juge de l'exequatur devrait se cantonner au contrôle de la compétence générale des juges étrangers » ; c'est ce qui a été admis dans le projet de convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps adopté lors de la onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé (art. 2).

(1) V. *infra*, Chap. V, Sect. I.

(2) Il revient au même de dire que l'on vérifie la compétence internationale du juge qui a statué (au lieu de parler de la compétence de l'Etat au nom duquel il l'a fait).

(3) M. ANGEL (J.C.P., 1964.II.13590) parle de « vérification de la compétence internationale d'après la loi étrangère et d'après la loi interne », M. BREDIN (Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1964.66, p. 29) de « vérification de la compétence internationale d'après la loi française », M. FRANCESCAKIS (R., 1953.32) de « contrôle de la compétence des juridictions étrangères », etc. Toujours dans le même esprit, M. D. HOLLEAUX (*Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, 1970, p. 1, note 1) définit en général la compétence indirecte « la compétence d'un juge en tant que condition d'efficacité internationale de la décision rendue par ce juge ».

recte, entendue dans son sens véritable de « règle d'efficacité internationale *ratione originis* ».

1° Structure.

150. — La structure de la règle de compétence internationale indirecte est la suivante :

Présupposé.

1. On soumet au juge une question de droit que l'on prétend régir par une décision déterminée.

2. L'Etat dont émane cette décision présente une certaine caractéristique (par exemple, il est celui du lieu de situation du bien, objet de la décision).

Effet juridique.

La décision est efficace.

La structure d'une règle R qui ordonnerait le contrôle de la compétence internationale du juge étranger serait la suivante :

Présupposé.

1. On soumet au juge une question de droit que l'on prétend régir par une décision déterminée.

2. Cette décision est valable parce que l'Etat dont elle émane présente les caractéristiques qui le rendent compétent d'après la règle de compétence internationale directe R'.

Effet juridique.

La décision est efficace.

Ces deux schémas ne coïncident pas. L'efficacité, dans la règle de compétence internationale indirecte, est envisagée exclusivement dans ses rapports avec l'*origine* de la décision, notion de fait simple, et non avec la *compétence*, qui ne se conçoit elle-même que comme résultat de l'application d'une règle (celle que nous avons appelée R').

151. — La croyance que la compétence internationale directe est l'objet du contrôle imposé par la règle de compétence internationale indirecte est probablement engendrée par les termes mêmes de « compétence internationale indirecte », qui prêtent à un jeu de mots inconscient. Ils peuvent signifier, comme nous l'avons dit, « compétence internationale directe contrôlée en vue de résoudre la question de l'efficacité de la décision » (1). Mais ils veulent aussi dire : « compétence indirecte » (= efficacité) « sur le plan international » (= en fonction de l'origine étatique de la décision). On a cru

(1) Le problème de l'opportunité de ce contrôle est, du point de vue où nous nous plaçons, secondaire. V. en dernier lieu sur cette question l'ouvrage précité de M. D. Holleaux.

que la règle de compétence internationale indirecte, au deuxième sens de cette expression, imposait le contrôle évoqué par les mots « compétence internationale indirecte » pris au premier sens.

2° Fonction.

152. — La règle de compétence internationale indirecte est, en raison du fait qu'elle conditionne exclusivement et directement l'*efficacité en France* des décisions étrangères et non leur validité, nécessairement une règle française (1). A l'inverse la vérification de compétence ne se conçoit que suivant les critères admis à l'étranger. Imaginons en effet la règle suivante :

Présupposé.

1. On soumet au juge une question de droit que l'on prétend régir par une décision déterminée.

2. Cette décision est valable parce que l'Etat dont elle émane présente une des caractéristiques qui rendent un Etat compétent d'après la loi française : être le pays du domicile du défendeur.

Effet juridique.

La décision est efficace.

(1) V. cependant GOLDMAN, Intervention au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1964.66, p. 47 : « J'avoue très humblement que je n'ai pas encore compris pourquoi on acceptait sans difficultés l'importation de règles matérielles étrangères — les tribunaux appliquent tous les jours des lois étrangères dans les affaires de droit international privé —, pourquoi on acceptait sans difficultés l'importation de règles de conflits de lois étrangères dans la théorie du renvoi et pourquoi, brutalement, parce qu'il s'agit de règles de conflits de juridictions, on se voile la face et on dit : « C'est à nous de les régler pour la terre entière, pour les 107 Etats membres de l'O.N.U. plus les quelques-uns qui n'en sont pas membres ». (Dans le même sens AYMOND, J., 1967.894). La comparaison ne nous semble pas être faite entre termes homologues. Les règles matérielles étrangères ont pour homologues les décisions étrangères : on ne refuse *a priori* de donner effet ni aux unes ni aux autres. Mais les règles qui permettent de savoir quelles règles ou décisions étrangères seront prises pour base de déduction par un tribunal français sont nécessairement françaises. Le cas du renvoi constitue une exception — ou plutôt un complément — au rôle de la règle française de conflit de lois ; pourquoi vouloir en faire le principe en matière de conflit de juridictions ? Toutefois nous ne soutenons pas que les critères posés par la loi française en vue de l'efficacité doivent s'inspirer des critères français de compétence internationale directe : v. *infra*, n° 230 à 233. Comp. Paris, 10 nov. 1971, *Rev. trim. dr. com.*, 1972.239, obs. Loussouarn ; J., 1973.239, note Huet : « S'il est vrai que la compétence internationale se détermine par extension « des règles de compétence territoriale interne lorsqu'il s'agit pour un tribunal « français, de statuer sur sa propre compétence dans le litige dont il est directement saisi, il convient en revanche, pour le juge chargé de se prononcer sur une « demande d'exequatur, de contrôler la compétence internationale de la juridiction étrangère en se référant aux principes plus libéraux du droit international « privé français en ce domaine, lesquels résultent aussi bien de la coutume que « des textes » (C'est nous qui mettons en italique).

La référence à une règle française de compétence, dans le présupposé de cette règle, est à la fois absurde et inutile. Elle est absurde parce que seul l'État qui a institué un organe peut dire dans quel cas il doit remplir la fonction qui lui a été confiée : on ne peut concevoir la détermination de la compétence d'un organe étranger suivant la loi française (1). En revanche on peut concevoir selon cette loi la détermination de l'efficacité en France des décisions qui en émanent, et c'est ici qu'apparaît l'inutilité de la référence à la règle de compétence : il suffit de poser directement que la décision étrangère sera efficace en France si elle émane du pays du domicile du défendeur. On voit alors qu'on est en réalité en présence d'une règle de compétence internationale indirecte, dans laquelle toute référence à une règle de compétence internationale directe a disparu (2).

153. — Ainsi, la règle de vérification de la compétence internationale directe institue un *contrôle de la régularité de la décision étrangère au regard des règles de compétence du pays dont elle émane*, tout à fait analogue au contrôle de la procédure ou à celui de la compétence interne, alors que la règle de compétence internationale indirecte doit énoncer les *exigences propres de la loi française quant à l'origine étatique* de la décision en vue de son efficacité.

SECTION II

DOMAINE RESPECTIF DES MÉTHODES.

154. — Etant donné l'identité des méthodes déduites de la structure des normes avec celles que connaît le droit positif, le domaine respectif des méthodes du droit international privé doit, selon nous, être le suivant : les questions de droit qui sont régies par des règles relèvent de la méthode du conflit de lois, celles qui sont régies par des décisions relèvent de la méthode du conflit de juridictions.

Or cette répartition n'est pas celle à laquelle s'arrête le droit positif. On s'en aperçoit en envisageant tour à tour les trois catégories de normes substantielles que celui-ci distingue : les lois (§ 1), les actes publics (§ 2) et les jugements (§ 3).

(1) En ce sens D. HOLLEAUX, *op. cit.*, notamment, n° 107.

(2) Comp. D. HOLLEAUX, *op. cit.*, n° 83 : « Contrôler d'après une autre loi que la loi étrangère, c'est contrôler autre chose que la compétence directe étrangère, c'est donc modifier l'objet du contrôle et la question à résoudre ».

§ 1. — Les lois.

155. — Les questions de droit régies par des lois sont traitées en droit français suivant la méthode du conflit de lois ; on ne distingue pas en principe suivant que ces lois sont des règles ou des décisions. Or seules les *règles* posées par le législateur devraient selon nous donner lieu à l'emploi de ce procédé puisque les décisions ne posent pas de problème de choix. Voici donc une première divergence entre la solution que nous préconisons et celle du droit positif ; elle concerne en principe toutes les questions de droit régies par des *décisions législatives*.

Parmi celles-ci, celles que l'on invoque le plus fréquemment, et qui ont donné lieu aux analyses les plus minutieuses, sont les expropriations et les nationalisations ; nous les examinerons en premier lieu. Les autres décisions législatives, dont la mise en cause est plus exceptionnelle, seront ensuite rapidement passées en revue.

A. — EXPROPRIATIONS ET NATIONALISATIONS.

156. — Les mesures législatives par lesquelles un Etat s'attribue, ou attribue à une tierce personne, les biens d'un particulier reçoivent des dénominations diverses : confiscations, réquisitions, expropriations, spoliations, nationalisations. Une même mesure peut d'ailleurs être différemment appelée suivant le point de vue dont on l'envisage : réquisition pour l'Etat qui y aura procédé, elle apparaîtra comme une spoliation aux juges d'autres Etats. Enfin le moins qu'on puisse dire est que les divers termes employés ne font pas l'objet de définitions unanimes. Quelques précisions de terminologie s'imposent donc.

Nous retiendrons essentiellement deux termes : celui d'expropriation et celui de nationalisation. En revanche nous ne retiendrons pas le mot « réquisition », qui n'évoque rien de précis, puisque pour les uns il s'applique aux mesures qui transfèrent le seul usage du bien (1) tandis que pour les autres il vise des transferts autoritaires du droit de propriété (2). Nous ne retiendrons pas davantage le terme de confiscation, qui vise une expropriation intervenant sans indemnité et à titre de sanction, ni celui de spoliation, qui s'applique à une expropriation ou à une nationalisation que l'on estime avoir lésé injustement le propriétaire dépossédé.

Ceci posé, la plus grande difficulté consiste à distinguer la nationalisation de l'expropriation : les définitions, en effet, abondent. Il semble que la tendance actuelle consiste à réserver le terme « natio-

(1) En ce sens, SCHAEFFER, *Rép. Dalloz de Droit internat.*, V^o Nationalisation, n^o 6.

(2) En ce sens, FRIEDEL, *Jurisl. Droit Internat.*, fasc. 550, n^o 173.

nalisation» aux mesures qui visent des entités économiques (entreprises) ou juridiques (sociétés) (1) ; on parle en revanche de l'expropriation de *tel ou tel bien*. Nous faisons nôtres ces définitions, en précisant de surcroît que l'emploi du terme « expropriation » nous paraît possible même si le bien appartient à une entreprise ou société que l'on nationalise : on dira que la nationalisation d'une société emporte l'expropriation de ses biens ainsi parfois que la reprise de son passif, et en général la disparition de sa personnalité morale.

On fait fréquemment entrer dans la définition de la nationalisation, pour l'opposer à l'expropriation, l'indication du *but* dans lequel elle intervient. Mais les divergences sont telles ici (2) qu'il nous paraît plus prudent de nous contenter du critère technique.

157. — Les expropriations et nationalisations sont des décisions. C'est évident lorsqu'elles sont individuelles. C'est encore vrai lorsqu'elles sont collectives : on l'a montré dans un précédent chapitre (3). Selon nous, les questions de droit qu'elles régissent doivent donc être traitées suivant la méthode du conflit de juridictions.

La majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence leur applique cependant la méthode du conflit de lois. Une fraction dissidente la rejette, sans se prononcer expressément sur la nature de la méthode qu'elle lui substitue. Nous envisagerons successivement ces deux tendances du droit positif.

a) *L'effet en France des expropriations et nationalisations étrangères et la méthode du conflit de lois.*

158. — L'affirmation que les mesures d'expropriation ou de nationalisation relèvent, parce qu'elles sont des décisions, de la méthode du conflit de juridictions, n'est pas suffisante pour établir que la méthode du conflit de lois ne leur convient pas. On rencontre en effet parfois l'assertion qu'un raisonnement selon la méthode du conflit de lois est corroboré par un raisonnement fondé sur d'autres

(1) En ce sens FRIEDEL, *op. cit.*, n° 179 ; SCHAEFFER, *op. cit.*, n° 4 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 523 ; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, consultation citée par Ch. LEDERMAN, in *Travaux du 6^e Congrès de l'Association des juristes démocrates*, p. 47 ; SAVATIER, *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1946-47, p. 49 et s. ; etc.

(2) Pour l'Institut de Droit international (*Annuaire*, vol. 44, II, p. 283), le transfert est fait « en vue de l'exploitation ou du contrôle des biens par l'Etat, ou d'une nouvelle destination qui leur serait donnée par celui-ci », tandis qu'au contraire pour M. FOIGHEL (*Nationalization, A study in the protection of alien property*, p. 19), le transfert est imposé « en vue de continuer l'exploitation des biens essentiellement de la même manière ». Pour M. SAVATIER (*op. cit.*, p. 51), la nationalisation ne peut avoir d'autre but que de faire passer dans le domaine public des entreprises considérées comme trop puissantes pour être laissées entre les mains des particuliers, alors que M. SCHAEFFER (*op. cit.*, n° 2) signale aussi, parmi les mobiles qui peuvent inspirer le législateur, l'élimination de l'emprise colonialiste.

(3) V. *supra*, n° 55 et n° 71.

considérations (de droit public, en général) (1) : deux méthodes de raisonnement sont ainsi cumulativement admises. Si l'on veut en écarter une, il ne suffit donc pas d'établir que l'autre est licite. Il faut démontrer directement qu'elle-même n'est pas licite.

Nous allons nous attacher ici, délaissant provisoirement le problème du choix du meilleur rattachement, à montrer que la méthode du conflit de lois ne peut convenir au problème de l'effet en France des lois (2) étrangères de nationalisation ou d'expropriation. Nous envisagerons successivement la méthode utilisée au stade de l'élaboration de la norme de droit international privé et la méthode utilisée au stade de son application.

1° Au stade de l'élaboration de la norme de droit international privé.

159. — La méthode du conflit de lois, dans la description qu'en a donnée Savigny, consiste pour le législateur à faire correspondre à un type de relations juridiques (nous préférons dire : un type de questions de droit (3)) l'indication de la législation à laquelle il est lié, compte tenu de sa nature spécifique (4). Les types de questions retenues entrent dans une *qualification* qu'énonce le présupposé de la règle de conflit : par exemple, les conditions de forme du mariage, le régime matrimonial, etc.

La nationalisation joue, dans la règle de conflit qui lui est prétendument applicable, le rôle de qualification : ainsi lorsque l'on dit : « la nationalisation d'un bien corporel est soumise à la loi du lieu de situation de ce bien » (5). Cependant, à y regarder de plus près, cette qualification présente un aspect singulier.

Le terme « nationalisation » ne vise pas en effet une catégorie de questions de droit, mais une norme. Dire qu'une norme est soumise à une norme n'a évidemment aucune signification : or c'est ce qu'on dit lorsque l'on énonce que la nationalisation est régie par une certaine loi.

Certes une nationalisation est aussi, comme l'accession, la possession, le contrat, les successions, un mode de transfert de la pro-

(1) Cf. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, nos 522 et 523.

(2) Lorsque la mesure prend la forme d'un jugement ou d'un acte public, la solution est identique mais peu contestée en général. V. cependant Paolo MENGOLZI (*L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, Milan, 1967, p. 167 et s.) qui, partant de la constatation du peu d'importance de la qualité de l'organe dont émane la norme, étend aux jugements et aux décisions administratives d'expropriation la méthode du conflit de lois qu'il prône relativement aux lois d'expropriation.

(3) V. *supra*, nos 143 à 145.

(4) V. *supra*, n° 121.

(5) *Brevitatis causa*, nous ne mentionnerons parfois que l'un des deux termes « nationalisation » ou « expropriation ». Tout ce que nous disons dans ce paragraphe s'applique aux deux catégories de mesures.

priété. Et l'on parle bien de « la loi applicable au contrat, à l'accession », etc. Mais ces expressions visent en réalité les *questions de droit relatives au contrat, à l'accession*, etc., c'est-à-dire essentiellement la question de leur validité et celle de leurs effets. Or ce n'est pas la validité de la nationalisation ni l'étendue de ses effets qui sont en cause : *s'agissant d'une norme catégorique, elle produit des effets que sa promulgation suffit à imposer et qu'elle précise elle-même*. La seule question qui se pose à son sujet est celle de son efficacité en France ; et ce n'est pas une règle substantielle désignée par la règle de droit international privé qui peut y répondre, mais la règle de droit international privé elle-même.

Certains auteurs prétendent trouver dans la règle de conflit relative aux nationalisations l'indication de la règle substantielle applicable au problème de la *licéité* de ce mode de transfert. Effectivement, la décision de nationalisation ne peut pas trancher elle-même ce problème. Mais le problème de la *licéité* ne conditionne pas entièrement, comme on le sous-entend, celui de l'efficacité. Ainsi lorsqu'Audinet déclare à propos d'une expropriation soviétique de navires soviétiques mouillés dans un port français (1) : « Nous pensons que les modes d'acquisition des biens sont régis par la loi de leur situation, et l'expropriation sans indemnité au profit de l'Etat n'est pas un mode d'acquisition admis par la loi française », il semble impliquer que la mesure aurait été valable si elle avait été accompagnée d'une indemnité ; or on peut difficilement admettre qu'un Etat exproprie ainsi des biens, abstraction faite de leur situation ou de la nationalité de leur propriétaire. De plus la *licéité* de la mesure ne peut dépendre que d'une règle de droit international public, puisque l'expropriation constitue un acte accompli par un Etat ; encore une fois, on néglige que les expropriations ne sont pas des actes privés régis par des normes, mais des normes elles-mêmes.

Ce qui est curieux, c'est que la plupart des auteurs ont précisément mis l'accent sur le fait que l'expropriation émane de la puissance publique, et ne saurait donc être confondue avec des institutions telles que les successions ou la novation par changement de débiteur ou de créancier. Mais ils en ont seulement tiré argument contre l'utilisation de tel ou tel rattachement — contre, par exemple, l'application de la loi de la nationalité de la société à la nationalisation des actifs corporels des sociétés (2), contre la loi du contrat en matière de nationalisation des dettes des entreprises (3), contre la loi de la nationalité de la société en matière d'expropriation des

(1) Note sous Req., 5 mars 1928, S., 1929.1.217.

(2) H. BATIFFOL, « La propriété privée », *Cours I.H.E.I.*, 1967-68, p. 178 ; Communication au Comité français de droit international privé sur « les problèmes actuels des nationalisations en droit international privé », *Travaux*, 1962-1964, p. 181 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 523, note 39.

(3) Y. LOUSSOUARN, J.C.P., 1968.I.2140, n° 12 ; P. CHARDENON, J., 1967, p. 303.

droits sociaux (1) — alors que c'est la méthode même du conflit de lois qu'il aurait fallu écarter.

2° Au stade de l'application de la norme de droit international privé.

160. — Considérons, en dépit des critiques que nous lui avons adressées, une formule de règle de conflit telle que : « la nationalisation d'un bien corporel est soumise à la loi du lieu de situation de ce bien ». Au premier abord, cette règle semble susceptible d'être appliquée par le juge à toute mesure concrète de nationalisation. L'Etat compétent pour nationaliser est toujours celui sur le territoire duquel le bien est situé. Si cet Etat a utilisé sa compétence en expropriant le bien, le juge français doit appliquer la loi d'expropriation. Si l'expropriation émane d'un autre Etat, le juge applique encore la loi du lieu de situation du bien, de sorte que la loi d'expropriation ne se voit reconnaître aucun effet.

Ce schéma de raisonnement est le seul que l'on puisse considérer comme orthodoxe dans le cadre du procédé du conflit de lois. Mais sa présentation sous cette forme est en réalité artificielle. Car comment appliquer en matière de nationalisation la loi d'un Etat non nationalisateur ? Cette loi ne dit pas qu'il faut nationaliser, mais elle ne dit pas non plus qu'il ne faut pas le faire : elle ne contient aucune disposition sur la question. Le législateur du pays du lieu de situation du bien, ou le législateur français si ce lieu est inconnu (2), ne se sont nullement préoccupés du sort du bien ni de celui de son propriétaire. Au lieu de dire que l'on applique leur loi, ce qui est inexact, il faudrait se contenter de dire que l'on refuse de donner effet à la loi de nationalisation. Or la méthode du conflit de lois devrait toujours conduire à la désignation d'une loi applicable au litige, et non à la simple exclusion de la loi invoquée (3).

161. — On pourrait être tenté de rétorquer que par leur silence les législateurs des Etats qui n'ont pas procédé à la nationalisation

(1) J. D. BREDIN, note sous Paris, 21 déc. 1962, J., 1963.424 ; Y. LOUSSOUARN, note sous Civ., 25.1.1966, D., 1966.390 ; Y. LOUSSOUARN et J. D. BREDIN, *Droit du commerce international*, n° 362.

(2) C'est en effet la loi française qui s'applique alors, en raison de sa vocation subsidiaire, admise en matière de conflit de lois.

(3) La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 16 décembre 1968 (D., 1969, Somm., p. 20) a affirmé que « le problème du transfert du passif qui se pose à l'occasion d'une nationalisation relève de la loi ayant opéré la nationalisation et non de la loi régissant les contrats d'où est né ce passif ». Le rattachement de la nationalisation d'une dette à la loi qui a opéré la nationalisation est assez curieux, car il entraîne cette conséquence qu'il suffit à un Etat de nationaliser pour être jugé compétent pour le faire. Mais il traduit vraisemblablement le souci d'éviter d'être conduit à « appliquer à une nationalisation » une loi autre que celle qui l'a prononcée, laquelle manifestement serait inapplicable faute de contenir une disposition « relevante ».

l'excluent et qu'en conséquence, on peut toujours prétendre procéder à l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit même si elle ne contient pas de disposition *explicite* en la matière. Nous avons déjà démontré la fausseté de cette vue sur le plan théorique, à propos des décisions en général (1). Nous pouvons vérifier ici qu'il est impossible de la pousser jusque dans toutes ses conséquences logiques. Si en effet le silence d'un législateur devait être considéré comme constituant une véritable norme de non-nationalisation, opposée à la mesure étrangère de nationalisation, un conflit mobile naîtrait chaque fois que le bien exproprié aurait, postérieurement à la nationalisation, été transporté du pays de la nationalisation dans un autre pays (hypothèse qui est précisément celle que l'on rencontre le plus fréquemment en pratique). Ce conflit ne pourrait, de toute évidence, être tranché qu'en faveur de la loi désignée par la prétendue règle française de conflit *au moment de la promulgation de la loi de nationalisation*. Force est donc bien de constater que celle-ci est privilégiée par rapport aux autres, ce qui est impensable dans le conflit de lois puisque, tant que la règle de conflit n'a pas été appliquée, tous les systèmes juridiques concernés sont sur un pied d'égalité.

b) *L'effet en France des expropriations et nationalisations étrangères et la recherche d'une méthode autre que celle du conflit de lois.*

162. — En marge de leur tendance dominante à raisonner dans les termes classiques du conflit de lois, la doctrine et la jurisprudence ont fréquemment insisté sur la physionomie particulière de la loi de nationalisation et en ont déduit que d'autres types de raisonnements pouvaient être tenus à son propos. Parfois ces raisonnements sont présentés comme inconciliables avec tout autre (2), parfois ils sont employés par un même auteur (3) ou dans un même arrêt concurremment avec un raisonnement inspiré de la méthode du conflit de lois, qu'ils sont censés conforter.

Nous allons constater, d'une part, que les caractères relevés dans la loi de nationalisation ou d'expropriation sont ceux qui en font une décision, d'autre part que les solutions adoptées pour tenir compte de ces caractères peuvent être exprimées sous la forme de règles de conflit de juridictions.

1° Caractères de la loi de nationalisation ou d'expropriation.

163. — Que la nature particulière de la norme de nationalisation ait été aperçue, cela résulte tout d'abord de la terminologie em-

(1) V. *supra*, n° 130.

(2) Ainsi chez MM. MOTULSKY (R., 1949.659) et VAN HECKE (*Int. Law Q.*, 1951.345).

(3) V. notamment H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 523 ; G. FRIEDEL, *Jurisl. Droit internat.*, fasc. 550, n° 162.

ployée. Presque tous les auteurs la qualifient en effet de « décision » (1), mot qui, sans avoir peut-être à leurs yeux le sens précis que nous lui attribuons, est de toute façon évocateur d'une norme catégorique et concrète.

Chacun de ces deux caractères a d'ailleurs été aperçu, au moins par une fraction de la doctrine.

164. — De nombreux auteurs ont mis en avant le fait que la nationalisation est la manifestation d'un *imperium*. Ce terme est notamment employé par Niboyet (2), par M. Friedel (3), par M. J.-D. Bredin (4), par M. Van Hecke (5). L'idée, sinon le mot, se retrouve chez MM. Batiffol et Lagarde (6), chez M. Solus (7), chez Mlle Chardenon (8)... Elle est certainement à l'origine de la qualification d'*Act of State* donnée par les Anglo-saxons à la nationalisation.

Qu'une loi émane du pouvoir de commandement de l'Etat, qu'elle constitue un acte réservé à la puissance publique, voilà pourtant qui ne saurait surprendre. Le Droit est impératif par nature (9); une loi qui ordonne aux individus de réparer les préjudices qu'ils ont causés par leur faute n'est pas moins impérieuse ni contraignante qu'une loi de nationalisation. S'il est exact cependant que l'impératif contenu dans cette dernière norme est plus immédiatement sensible, ce ne peut être qu'en raison de son caractère *catégorique*. La décision est, avons-nous dit (10), l'ordre à l'état pur, parce qu'elle ne se contente pas de poser une relation entre des faits, mais fait connaître à ses sujets qu'ils sont tenus d'une obligation à laquelle elle donne directement naissance, sans l'intervention d'un événement extérieur. C'est, pensons-nous, ce que l'on veut exprimer en disant que la nationalisation résulte de l'exercice d'un *imperium* (11).

165. — Un autre caractère de la décision, le caractère *concret*, a été mis en évidence dans les arrêts royaux néerlandais de 1944 et 1945

(1) Par exemple M. Batiffol : « Nous avons affaire dans les nationalisations à une *décision de l'Etat* de mettre fin à l'existence d'une personne morale et aux droits de propriété qu'elle exerçait sur ses biens » (Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1962-1964, p. 181).

(2) *Traité*, t. IV, n° 1173, p. 292; 1205 bis, p. 411.

(3) *Jurisl. Droit internat.*, fasc. 550, n° 162.

(4) *J.*, 1963, p. 440.

(5) *Int. Law Q.*, 1951, p. 355.

(6) *Traité*, n° 523 : « L'Etat exerce là une prérogative qui lui est propre ».

(7) Interv. au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1962-1964, p. 200 : « La nationalisation est un acte de puissance publique car elle a été faite au nom de la puissance publique ».

(8) *J.*, 1967, p. 303; Mlle Chardenon qualifie la nationalisation de mesure « impérative », « autoritaire » et « contraignante ».

(9) Cf. R. CAPITANT, *L'impératif juridique*, précité.

(10) *Supra*, n° 72.

(11) M. TORSTEN GIHL (« Lois politiques et droit international privé », *Cours Acad. droit internat.*, 1953, *Rec.*, t. 83, p. 163 et s.) prend expressément en considération le caractère non-hypothétique des expropriations.

2° Raisonnements fondés sur les caractères particuliers de la loi d'expropriation ou de nationalisation.

166. — En raison de ces caractères reconnus — plus ou moins généralement — aux lois de nationalisation ou d'expropriation, le problème de leur efficacité en France est souvent résolu à l'aide de raisonnements étrangers au conflit de lois. Pour les justifier, on invoque leur appartenance à la catégorie des normes de droit public (1), à celle des lois politiques (2) ou à celle des lois d'application immédiate (3); dans les pays anglo-saxons c'est leur analyse en *Acts of State* qui motive l'exclusion de la méthode du conflit de lois (4).

Ce n'est donc pas le fait que les nationalisations ou expropriations sont des normes catégoriques et concrètes qui justifie officiellement l'emploi d'une méthode particulière (5). Mais les arguments invoqués

(1) H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 523; H. BATIFFOL, *La propriété privée*, p. 164; G. FOUILLOUX, *Les nationalisations et le droit international public*, p. 366; I. SEIDL-HOHENVELDERN, J., 1956.419; G. FRIEDEL, *Jurisc. Droit internat.*, fasc. 550, n° 162; G. VAN HECKE, « Confiscation and the conflict of laws », *Internat. Law Q.*, 1951, p. 349. L'opinion de NIBOYET (*Traité*, t. IV, n° 1122), de MOTULSKY (note sous Trib. civ. Seine, 24 févr. 1949, R., 1949.659), de M. J.-D. BREDIN (J., 1963, p. 440) et de M. LOUSSOUARN (D., 1966, p. 392) nous semble aller dans ce sens, bien qu'ils parlent quant à eux de lois de police et de sûreté; ils prennent en effet ce mot en un sens très particulier, puisque Motulsky (auquel se réfèrent M. Bredin et M. Loussouarn, et qui se réfère lui-même à Niboyet) assimile en l'espèce ces lois, « étant donné l'affinité qu'elles offrent congénitalement avec le droit public », aux lois administratives ou pénales.

(2) P. ARMINJON, R., 1930.393.

(3) Cf. Ph. FRANCESCAKIS, note sous Civ., 25 janv. 1966, R., 1966.263.

(4) V. par ex. aux Etats-Unis *Oetjen c/ Central Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1917); *Ricaud c/ American Metal Co.*, 246 U.S. 304 (1917); *Banco d'España c/ Federal Reserve Bank*, 114 F. 2d 438 (2nd Cir. 1940); en Grande-Bretagne *Luther c/ Sagor* (1921) 1 KB 456 et 3 KB 532; mais la doctrine de l'*Act of State* semble être en déclin dans ce pays : cf. *Bank voor Handel en Scheepvaart c/ Slatford* (1951) AELR 779 (1953) 1 QB 24B. Il arrive aux tribunaux français de faire appel à la théorie de l'*Act of State*. V. p. ex. Rouen, 27 juin 1967, *Gaz. Pal.*, 1967.2.98 : « La nationalisation apparaît comme un acte gouvernemental législatif appartenant à la catégorie des « actes suprêmes de Gouvernement » qui ne sont soumis à aucun contrôle judiciaire sur le plan du droit interne ».

(5) La position de M. TORSTEN GIHL (« Lois politiques et droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1953, *Rec.*, t. 83, p. 244) est cependant très proche de la nôtre. Il définit en effet les lois politiques, parmi lesquelles il classe les expropriations, comme des normes non hypothétiques : « Par l'intermédiaire des règles de son droit international privé, un ordre juridique a recours aux règles matérielles d'un autre ordre juridique afin de remplir par leur moyen la tâche incombant normalement à ses propres règles matérielles, à savoir d'attacher des conséquences juridiques déterminées à des faits et des rapports concernant ses sujets, rapports entre individus humains. Ces règles matérielles ont, en général, la forme d'impératifs hypothétiques : la règle déclare que si un cas, qui peut être ramené au schéma abstrait indiqué par elle, se réalise *in concreto*, certaines conséquences juridiques s'ensuivront. Mais les lois politiques n'ont rien d'hypothétique. Un décret de réquisition suppose, p. ex., l'existence actuelle d'un certain nombre de navires et il a la forme d'un commandement catégorique, adressé aux autorités ou aux sujets de l'Etat et ordonnant aux autorités de prendre possession des navires dont il s'agit ou aux sujets de mettre ces navires à la disposition de l'Etat, et ainsi de suite... ». C'est en réalité en tant

sont en eux-mêmes si peu déterminants qu'il ne nous semble pas qu'il faille attacher à ce fait une importance capitale. La notion de loi politique est si vague qu'elle a été rejetée par une résolution de l'Institut de droit international (1); M. Münch estime d'ailleurs que la nationalisation n'en présente pas les caractères (2). La notion d'*Act of State* encourt le même reproche d'imprécision. Également critiquable est le classement de la nationalisation ou de l'expropriation dans le domaine du droit public : si l'exercice de l'*imperium* considéré comme une prérogative étatique était un critère satisfaisant, un divorce législatif serait une norme de droit public, ce qu'il n'est assurément pas. Seule l'expression de « loi d'application immédiate », définie comme « loi qui détermine son propre champ d'application », nous semble convenir aux expropriations et nationalisations puisque ces normes, étant concrètes, désignent elles-mêmes les états de droit qu'elles prétendent modifier ; mais le fait qu'elle puisse également désigner des règles la rend à nos yeux trop large.

167. — En réalité, c'est tout simplement la position naturelle du problème qui s'est imposée d'elle-même, à la place ou à côté de sa formulation artificielle en termes de conflit de lois (3). Toutes les tendances que nous avons citées ont en effet ceci de commun qu'elles conduisent à prendre la norme étrangère pour donnée du problème de droit international privé, et à rechercher les limites de son domaine d'efficacité : c'est, rappelons-le, ce qui caractérise l'une des deux variantes de la méthode du conflit de juridictions (4).

Ceux qui voient dans les nationalisations ou expropriations des *Acts of State* leur assignent un domaine d'efficacité illimité en principe, en réalité restreint, en ce qui concerne les objets corporels, à ceux qui sont situés sur le territoire de l'Etat expropriant (5). A l'inverse, ceux qui, en France, les considèrent comme des lois de droit public ou des lois politiques leur dénie en principe toute efficacité, mais ils tempèrent cette solution par le respect des droits acquis (6) ; comme ils considèrent qu'il y a droit acquis lorsque le

qu'elles sont catégoriques, et non en tant qu'elles sont politiques, que les lois d'expropriation échappent à la méthode du conflit de lois.

(1) *Annuaire*, vol. 45-II, p. 259.

(2) *Op. cit.*, p. 451.

(3) D'ailleurs lorsque les tribunaux, au lieu de rechercher la loi applicable, déterminent le champ d'application de la loi étrangère de nationalisation invoquée devant eux, ils le font sans s'embarrasser de la moindre justification théorique, tant la démarche leur paraît naturelle. V. p. ex. Paris, 2 déc. 1950 (affaire *Hardmuth*), J., 1952.1200, R., 1955.500 et Trib. gr. inst. Seine, 9 juill. 1963, J.C.P., 1963.II.13434.

(4) V. *supra*, n° 137.

(5) V. *Bollach c/Société générale*, 263 App. Div. 601 N. Y. 1942 ; *Plesch c/Banque nationale de la République de Haïti*, 273 App. Div. 224 Aff. d 298 N. Y. 573 (1948) ; *Moscow Fire Ins. Co. c/Bank of New-York*, 280 N. Y. 286 (1939).

(6) En ce sens NIBOYET, *Traité*, t. IV, n° 1122 ; MOTULSKY, R., 1949.659 ; ARMINJON, « Les lois politiques et le droit international privé », R., 1930, p. 395.

bien se trouvait au moment critique dans le pays expropriant, leur solution est identique à la solution anglo-saxonne. Enfin, l'analyse des expropriations en lois d'application immédiate conduit à déduire le domaine d'efficacité qui leur sera reconnu de l'intention, exprimée ou présumée, de leur auteur (1).

En dépit de l'hétérogénéité de toutes ces formules, elles présentent un dénominateur commun, qu'a fort bien, à notre avis, exprimé M. Van Hecke; c'est de considérer que « la question qui se pose n'est pas celle de la détermination de la loi applicable à des relations privées, mais plutôt celle de la détermination de l'étendue territoriale du pouvoir de commandement de l'Etat. La question ne consiste pas à déterminer la loi compétente, mais à fixer les limites de la souveraineté, qui est à cet égard une *potestas de facto* plutôt qu'une *potestas de jure* » (2).

B. — AUTRES DÉCISIONS LÉGISLATIVES.

168. — Des décisions en forme de lois peuvent intervenir en tout domaine, aussi bien extrapatrimonial que patrimonial. Mais en dehors de la matière des expropriations et des nationalisations, le problème des effets en France des décisions législatives étrangères ne se pose que rarement aux tribunaux; nous examinerons quelques exemples typiques de ces décisions et des difficultés qu'elles soulèvent, sans chercher à les regrouper suivant les similitudes qu'elles peuvent présenter entre elles.

a) Divorces.

169. — La pratique des divorces législatifs a son origine en Angleterre à la fin du xvii^e siècle (3). La possibilité d'obtenir un vote du Parlement ne fut qu'exceptionnellement utilisée au cours des siècles suivants, en raison de la complication et du coût de la procédure. En 1857, le divorce en la forme judiciaire fut introduit par le *Matrimonial Causes Act*. La pratique du divorce législatif survécut en Irlande du Nord jusqu'en 1939; elle n'existe plus actuellement que dans l'Ile de Man et dans la province de Québec.

170. — L'Etat compétent pour prononcer un divorce en la forme législative devrait, si l'on ne considérait que la nature de l'organe dont émane la norme, être celui que désigne la règle française de conflit de lois. Mais l'inapplicabilité de cette règle est évidente. Une loi qui prononce un divorce n'est pas assimilable à une loi relative au régime du divorce. Elle est catégorique et concrète

(1) En ce sens Ph. FRANCESCAKIS, R., 1966, p. 263.

(2) « Confiscation and the conflict of laws », *Internat. Law Q.*, 1951, p. 349.

(3) La première affaire connue est celle de *Lord de Roos*, en 1670.

— au surplus individuelle : c'est une décision. D'ailleurs, il suffit de constater que le problème de droit privé posé au tribunal met en cause une norme déterminée (une loi québécoise, irlandaise...) à l'exclusion de toute autre, pour en déduire que le problème de droit international privé qu'il soulève est un problème de conflit de juridictions. La similitude du divorce législatif et du divorce juridictionnel dispense d'une vérification plus détaillée (1).

Montrons seulement l'une des conséquences absurdes auxquelles aboutirait l'emploi de la méthode du conflit de lois. Deux époux, l'un Irlandais et l'autre Canadien, séparés de fait, vivent chacun dans leur pays d'origine et désirent divorcer. A défaut de nationalité et de domicile communs, la jurisprudence *Tarwid* (2) rend compétente la loi française. Ainsi le divorce de ces deux époux, prononcé en la forme législative soit par l'Irlande (avant 1939), soit par le Canada, serait dénué d'effet en France, car le seul organe législatif à nos yeux « compétent » serait l'Assemblée Nationale ou le Sénat français ! (3)

171. — Un doute peut naître cependant si l'organe législatif étranger n'a pas appliqué la règle substantielle désignée par la règle française de conflit.

Il faut distinguer deux éventualités. La loi de divorce peut avoir été prononcée en conformité avec une jurisprudence ou une coutume antérieurement établies. Elle peut aussi constituer une mesure exceptionnelle, réservée à certains particuliers et fondée sur des motifs de pure opportunité (4).

La première hypothèse est très comparable au cas où une décision administrative étrangère est mise en cause devant le juge français ; on montrera à leur sujet que la règle de compétence internationale indirecte doit toujours être consultée, mais qu'il peut y avoir lieu d'exiger *en plus* la compétence de la loi appliquée au fond (5). Le critère de compétence législative ne remplace pas pour autant le critère de compétence « décisionnelle » : il suffit en effet, d'après la jurisprudence française (6), que la teneur de la règle appliquée soit équivalente à celle de la règle compétente pour que les exigences

(1) Comp. Ph. FRANCESKAKIS, *Juriscl. Droit internat.*, fasc. 547 C, n° 3. « La nature de l'autorité étrangère dont émane le divorce importe peu pour son efficacité en France ».

(2) Cass., 15 mai 1961, D., 1961.437, note Holleaux ; J., 1961.734, note Goldman ; R., 1961.547, note Batiffol.

(3) Par un jugement (inédit) du 8 mai 1961, la 5^e Chambre du Tribunal de grande instance de la Seine a conféré l'exequatur à une décision de divorce émanant du Parlement canadien ; elle a donc écarté la méthode du conflit de lois.

(4) Cette distinction a été proposée par Niboyet (note sous Douai, 29 janv. 1924, S., 1924.2.113). Pour celui-ci, il faut parler dans le premier cas d'acte juridictionnel, et, dans le second, de loi.

(5) V. *infra*, n° 187.

(6) Req., 29 juill. 1929, R., 1931.334, S., 1930.1.20.

de notre règle de conflit soient considérées comme satisfaites ; solution libérale qui ne peut être transposée en matière de compétence décisionnelle, et laisse donc subsister les exigences relatives à celle-ci.

172. — Lorsque le divorce constitue une mesure d'exception non soumise à des règles, il ne peut être question de contrôler la loi appliquée. Cela doit-il inciter à refuser effet à cette catégorie de divorces lorsqu'ils n'émanent pas du pays désigné par notre règle de conflit, ou au contraire à renoncer pour eux à cette exigence ?

Dans le premier sens, on peut faire remarquer qu'il serait illogique, si l'on n'admet pas l'efficacité d'un jugement ou d'une loi ayant prononcé le divorce pour une cause raisonnable, mais inconnue de la loi désignée par notre règle de conflit, de donner effet à des décisions purement arbitraires. Cependant, cet argument n'est pas déterminant. D'abord il pourrait être retourné : l'admission de divorces législatifs n'émanant pas de l'Etat désigné par notre règle de conflit constituerait un argument *a fortiori* contre le contrôle de la loi appliquée au fond, en général. Par ailleurs, il serait illogique de faire une distinction entre le pays de la nationalité commune des parties (ou, à défaut, de leur domicile commun) et les autres pays, puisque dans notre hypothèse le pays qui a prononcé le divorce, quel qu'il soit, n'ayant appliqué aucune règle, n'a pas appliqué celle que désigne notre règle de conflit. Il faudrait donc, pour que les solutions soient cohérentes, refuser de donner effet à tous les divorces législatifs de ce type. Or nous verrons, lors de la détermination du contenu de la règle de compétence internationale indirecte (1), que cette attitude ne doit pas être adoptée.

b) Interdictions.

173. — Les lois spécialement promulguées pour mettre obstacle à la capacité d'exercice ou de jouissance de tel ou tel individu sont encore plus rares que les lois qui prononcent un divorce. Deux d'entre elles seulement semblent avoir posé à des tribunaux la question de leurs effets en France : une ordonnance du duc Guillaume de Brunswick du 14 mars 1833, interdisant son frère le duc Charles (détrôné en 1830) et nommant curateur le duc de Cambridge, vice-roi de Hanovre ; un ukase de l'Empereur de Russie du 15 juillet 1845 interdisant au comte Micleslas Potocki de disposer de ses biens au détriment de sa femme et de son fils aîné.

Dans la première espèce la Cour de Paris (2) refusa de donner effet à l'ordonnance en alléguant son caractère essentiellement politique. Il n'est pas possible de savoir si, pour cette juridiction, l'aspect législatif de la décision aurait suffi à justifier l'emploi de la méthode du conflit de lois. La chose n'avait en tout cas pas fait de

(1) V. *infra*, n° 287.

(2) 16 janv. 1836, S., 1836.2.70.

doute pour le conseil du duc de Cambridge, qui avait invoqué, en citant l'article 3 alinéa 3 du Code civil, la soumission de l'état et de la capacité des personnes à leur loi nationale (1).

Dans l'instance relative au droit de disposition de Micleslas Potocki sur ses biens, le Tribunal de la Seine (2) affirma que la mesure d'interdiction était « sans influence sur les contrats passés en dehors du territoire de l'Etat [où elle avait été édictée], notamment au sujet de propriétés immobilières situées en France ». Le Tribunal semble avoir ainsi *limité le domaine d'efficacité* de ce type de décisions par une double exigence, tenant au lieu de rédaction de l'acte de disposition et à la situation du bien aliéné. C'est une application du procédé du conflit de juridictions.

c) *Moratoires* (3).

174. — Les lois de moratoire, bien que collectives, sont des décisions car elles ont pour seul effet de retarder l'échéance de dettes *antérieurement* contractées : elles ne sont pas permanentes (4).

Les tribunaux font cependant dépendre leur efficacité en France d'une règle de conflit de lois. Par un arrêt du 25 juin 1931 (5), la Cour de Paris décida de ne pas tenir compte de la loi française de moratoire édictée à la suite de la première guerre mondiale, quant à la détermination du jour de l'échéance d'une lettre de change, au motif que la traite avait été créée en Suisse et que « la loi suisse était donc compétente, à l'exclusion de la loi française, pour déterminer les conditions d'exigibilité de la créance ». De même le Tribunal de commerce de Marseille, le 27 novembre 1931 (6), se refusa à faire bénéficier un débiteur bulgare des dispositions d'une loi bulgare de moratoire, parce qu'« en l'espèce, la vente litigieuse ayant été conclue à Marseille... c'est à la loi française seule que les parties avaient entendu se référer ».

On verra (7) que la méthode du conflit de juridictions conduit à des résultats différents (8).

(1) V. le résumé des arguments des parties au *Recueil Sirey*, *loc. cit.*

(2) 7 mai 1873, J., 1875.20.

(3) Le moratoire est une mesure, plus ou moins générale et temporaire, édictée par le législateur en vue de suspendre automatiquement les poursuites contre tous les débiteurs ou contre une catégorie de débiteurs particulièrement digne d'intérêt aux yeux du législateur, en leur accordant des délais de paiement (PERROT, *Rép. Dalloz Droit civil*, V^o *Moratoire*, n^o 1).

(4) Sur ce critère de distinction entre règles et décisions, v. *supra*, n^o 63 et n^o 80.

(5) J., 1932.993.

(6) J., 1934.927.

(7) *Infra*, n^{os} 284 à 286.

(8) Sur la position de la jurisprudence anglaise, v. VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Leyde, 1955, p. 204.

d) *Revalorisations de créances.*

175. — La Cour de Paris et le Tribunal de commerce de Marseille auraient dû faire leur profit d'un article d'Arminjon paru en 1930 et consacré essentiellement à la question voisine des effets en France d'une mesure étrangère de revalorisation de créance (1).

Cet article est un commentaire d'un jugement du Tribunal civil de Genève du 31 mai 1930 relatif aux effets en Suisse de la loi allemande du 16 juillet 1925, dont le paragraphe 15 revalorisait au quart de leur montant calculé en marks-or les créances réglées entre le 15 juin 1922 et le 14 février 1924. La loi devait-elle être appliquée par le tribunal à une créance soumise au droit allemand, et remplissant par ailleurs toutes les conditions exigées par la loi du 16 juillet 1925 ? Arminjon note qu'« à première vue le droit allemand paraît seul compétent... La loi allemande était celle que la jurisprudence des tribunaux allemands et des tribunaux suisses considère comme applicable à l'obligation et dont les parties ont dû prévoir l'application au moment où elles se sont engagées ». Mais c'est pour critiquer aussitôt ce raisonnement : « Si l'on examine... de plus près les faits de la cause, on constate qu'il y a dans l'espèce en cause deux obligations successives bien distinctes, susceptibles de se rattacher à des lois différentes... La première est une obligation conventionnelle, elle a été éteinte, conformément au contrat, par le remboursement effectué en date du 29 septembre 1922. La seconde est, dans toute la force du terme, une obligation de la loi, étrangère à la volonté des parties qu'elle lie. Imposée à l'une d'elles en faveur de l'autre, elle est une manifestation caractéristique du *fait du prince*... On ne saurait soutenir qu'en achetant cinq années auparavant l'immeuble qu'ils ont revendu et en souscrivant la reprise de l'hypothèque qui le grevait, puis en payant deux ans plus tard la dette hypothécaire et en faisant rayer l'hypothèque, les consorts Natural ont prévu la loi de 1925 et se sont soumis aux mesures exorbitantes qu'elle édicte... Il n'y a donc pas à se préoccuper de la loi applicable à l'obligation primitive qui n'existe plus, la seule question à résoudre est celle de savoir *si la loi du 16 juillet 1925 peut avoir effet hors du territoire allemand*, si l'obligation qu'elle a créée peut être invoquée devant un tribunal étranger ».

Comme le Tribunal de Genève, Arminjon répond à cette dernière question par la négative, car la loi de revalorisation est pour lui une loi politique, et comme telle absolument territoriale. Nous ne le suivons pas sur ce terrain, mais il reste que, dans le passage que nous venons de citer, il écarte l'application automatique de la loi du contrat en raison du caractère catégorique de la loi de 1925

(1) « Les lois politiques et le Droit international privé », R., 1930.385.

et qu'il la considère (*in fine*) comme une donnée du problème de droit international privé (1).

* * *

176. — Des divers exemples que nous avons examinés dans ce paragraphe, il est possible de tirer deux enseignements.

D'une part, la tendance à employer la méthode du conflit de lois à propos des décisions législatives semble plus nette lorsque la loi est collective que lorsqu'elle est individuelle. Notamment les interdictions et les divorces législatifs sont assez facilement rapprochés de leurs homologues judiciaires.

D'autre part, il est exceptionnel que la méthode du conflit de juridictions avec toutes ses particularités, notamment procédurales, soit expressément choisie, même lorsque la décision est individuelle ; mais il arrive plus souvent que la démarche intellectuelle qui la caractérise soit suivie.

§ 2. — Les actes publics.

177. — De prime abord il semblerait que le problème des effets en France des actes publics étrangers doive, en droit positif français, relever de la méthode du conflit de juridictions : l'article 546 du Code de procédure civile prescrit en effet d'accorder l'exequatur aux « actes reçus par les officiers étrangers ».

Mais ce texte a reçu de la jurisprudence une interprétation restrictive. Il s'applique aux actes *reçus* par des officiers publics, mais non, en principe, aux décisions *prononcées* par les organes administratifs (2). Le Tribunal de grande instance de la Seine, notamment, n'accepte de conférer l'exequatur qu'aux seules décisions adminis-

(1) La Chambre des Requêtes, saisie d'un litige analogue, a raisonné de manière différente. Un débiteur français ayant réglé en Allemagne son créancier allemand en la monnaie allemande qui avait cours légal au jour du paiement, le créancier lui réclamait postérieurement un supplément de prix, en se fondant sur la loi allemande de revalorisation du 16 juillet 1925. La Chambre des Requêtes a approuvé le rejet de la réclamation au motif que les juges du fond avaient « considéré par une interprétation souveraine de la volonté des parties que celles-ci ont voulu faire un paiement éteignant définitivement la dette » (19 oct. 1938, R., 1939.127). Cet arrêt est une illustration de la jurisprudence — condamnée par l'arrêt *Messageries maritimes* du 21 juin 1950 — selon laquelle le juge doit rechercher la volonté des parties au contrat, et non la loi applicable. Il en résulterait logiquement qu'aucune décision législative ne pourrait avoir d'incidence sur un contrat international, puisque les parties ne peuvent avoir prévu son intervention.

(2) Rappelons que nous dénommons *actes publics* les décisions individuelles qui émanent d'autorités administratives ou d'officiers ministériels, et que nous distinguons parmi eux les *actes publics « stricto sensu »*, qui consistent en une *formalité* à laquelle une règle donne une signification, et les *décisions administratives*, qui sont énoncées sous forme de *propositions* par un organe administratif.

tratives qui sont, en France, de la compétence des autorités judiciaires (1).

Est-ce à dire que les autres actes publics seront toujours dépourvus d'effet en France ? Nullement, car la méthode du conflit de juridictions n'étant pas prévue par un texte, on emploie souvent à sa place la méthode du conflit de lois. Les actes publics interviennent en effet toujours dans le cadre prévu par une règle substantielle, qui est celle du pays au nom duquel agissent leurs auteurs ; il a paru suffisant de résoudre le problème du choix de cette règle pour résoudre en même temps la question de l'efficacité de l'acte.

Il y a donc, comme dans le cas des décisions législatives, substitution de la méthode du conflit de lois à celle du conflit de juridictions. Mais elle intervient ici à la suite d'une sous-estimation de l'importance et de l'indépendance de la décision par rapport à la règle appliquée par l'organe étranger, autrement dit d'une absence de prise en considération de sa valeur normative propre (2).

Le phénomène se vérifie pour les deux sous-catégories d'actes publics que nous avons précédemment distinguées : les décisions administratives *stricto sensu* et les actes publics *stricto sensu*.

A. — LES DÉCISIONS ADMINISTRATIVES « STRICTO SENSU ».

178. — Une des caractéristiques des organes administratifs, qui les oppose aux tribunaux, est de ne jamais prendre de décisions qu'en application des règles du pays au nom duquel ils agissent. Dès lors qu'un Etat a confié la solution d'un certain type de questions de droit à des organes non-judiciaires, les questions de ce type sont régies par ses propres règles. Elles n'échappent à leur application que si elles sont soustraites à la compétence des organes qui en sont chargés.

La répartition des matières entre les tribunaux et les organes administratifs n'est pas la même dans les divers Etats. Ainsi, alors qu'en France la réparation des accidents du travail est de la compétence des tribunaux, elle est confiée dans la plupart des Etats américains à des commissions spéciales de type administratif ; tandis que le tribunal français applique à cette matière la loi française ou étrangère, qui régit le contrat de travail (au moins lorsque les règles de la Sécurité Sociale ne sont pas en cause), l'organe administratif américain applique toujours le « *Workmen's Compensation Act* » en vigueur dans son propre Etat. Dans l'ensemble cependant, les matières attribuées aux organes administratifs sont à peu près les

(1) V. BELLET, « La jurisprudence du Tribunal de grande instance de la Seine », Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1962-1964, p. 254. Même des actes que l'on pourrait facilement considérer comme « reçus » se voient refuser l'exequatur : par exemple une décision prise par un conseil de famille sous la présidence d'un magistrat : Trib. gr. inst. Seine, 20 janv. 1967, R., 1970.475, note P. Lagarde.

(2) Sur cette valeur, v. *supra*, n° 26.

mêmes partout. Ce sont celles qui concernent assez directement l'intérêt général pour que l'Etat les prenne en mains. Simplement, les exigences de l'intérêt général sont entendues ici et là de façon plus ou moins large.

179. — L'application nécessaire par l'organe saisi de sa propre loi dans les matières qui semblent au juge français relever raisonnablement de l'activité d'organes administratifs a rendu possible l'application, pour résoudre le problème de l'efficacité de la décision, d'une règle de conflit de lois au lieu d'une règle de compétence internationale indirecte.

Parfois on a assimilé le problème de compétence internationale indirecte à un problème de conflit de lois, et prétendu le résoudre *directement* par une règle de conflit de lois ; parfois on a considéré que les deux problèmes ayant nécessairement la même solution, l'application de la règle de conflit de lois résolvait *indirectement* le problème de conflit de juridictions. On a ainsi indûment étendu le champ d'application de la méthode du conflit de lois au détriment de celui de la méthode du conflit de juridictions, tantôt par une fausse qualification du problème de l'efficacité de la décision, tantôt par l'affirmation inexacte de la dépendance de ce problème à l'égard du problème de conflit de lois (1).

a) Fausse qualification du problème de droit international privé.

180. — Soit une décision émanant de l'organe administratif d'un pays I, modifiant, par application de la règle du pays I, le statut personnel d'un individu X domicilié dans le pays I et ressortissant du pays II (il peut s'agir, par exemple, d'une décision de changement de nom). Le juge français chargé d'apprécier le statut personnel de X devrait, selon nous, rechercher si le pays I était bien qualifié au regard de nos règles de compétence internationale indirecte pour prendre une décision relative à ce statut. L'erreur que nous dénonçons consiste à poser, au contraire, le problème comme une recherche

(1) Cette substitution n'est pas possible pour les jugements : il est trop évident que la solution du problème de compétence internationale indirecte et celle du problème de conflit de lois peuvent ne pas être concordantes : le tribunal compétent peut être celui du domicile du défendeur alors que la loi applicable est celle de la nationalité du demandeur. Cela reste vrai pour les jugements rendus en matière gracieuse (dans le sens de l'assimilation des actes de juridiction gracieuse aux jugements contentieux plutôt qu'aux actes publics, cf. MOTULSKY, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1948-1952, p. 13 et s.). Dans la mesure où l'opinion que les juges statuant en cette matière peuvent appliquer une loi étrangère est, sinon incontestée, du moins répandue, le risque de confusion entre le problème du conflit de lois et celui du conflit de juridictions disparaît. Certes, les juges français n'acceptent pas unanimement d'appliquer eux-mêmes une loi différente de la leur (v. la jurisprudence citée par MM. BATIFFOL et LAGARDE, *Traité*, n° 499). Mais ils conçoivent que des juges étrangers puissent le faire.

de la loi applicable au statut personnel de X, et à ne donner effet à la décision que si elle émane du pays désigné par notre règle de conflit de lois. Ceux qui raisonnent ainsi négligent l'existence de la décision dont pourtant l'efficacité est en cause, consacrant leur attention au seul problème du conflit de lois : ils considèrent en quelque sorte la décision comme une simple « règle appliquée ».

181. — Bien que n'ayant pas posé expressément un problème d'efficacité internationale d'une décision, l'affaire *Boll* soumise en 1958 à la Cour internationale de Justice constitue un exemple typique de confusion entre le problème du conflit de lois et celui du conflit de juridictions (1).

La mineure Marie-Elizabeth Boll, née et domiciliée en Suède, était de nationalité néerlandaise. En 1954 un tribunal néerlandais releva le père de ses fonctions de tuteur de l'enfant — fonctions qu'il exerçait depuis le décès de la mère de celle-ci — et les confia à une dame Postema. Or, la même année, l'Office des mineurs de Norrköping (lieu de résidence d'Elizabeth Boll), appliquant l'article 22 a) de la loi suédoise sur la protection de l'enfance et de la jeunesse du 6 juin 1924, plaça l'enfant sous le système dénommé « éducation protectrice », s'investissant ainsi de la garde et du contrôle de la mineure. Par la suite, l'Office confia, par une nouvelle décision, la garde de l'enfant à son grand-père. Ce choix fut confirmé en dernier ressort le 21 février 1956, par la Cour administrative suprême de Suède.

Le Gouvernement néerlandais estima que les mesures suédoises d'éducation protectrice avaient été prises en violation de la Convention de La Haye du 12 juin 1902 « pour régler la tutelle des mineurs », Traité multilatéral auquel les deux Etats étaient parties, et dont l'article 1 prévoit l'application de la loi nationale pour régir la tutelle des mineurs. La Cour internationale de Justice fut saisie par les Pays-Bas sur la base de cette prétendue violation du traité.

A priori, rien de choquant dans la prétention — fondée ou non (2) — du gouvernement néerlandais : l'Office des mineurs avait en effet appliqué sa propre loi et non la loi néerlandaise, loi nationale d'Elizabeth Boll.

Mais il se trouve que la législation néerlandaise en matière d'éducation protectrice contient des dispositions tout à fait semblables à celles de la loi suédoise. Des représentants des deux pays se réunissent

(1) Sur cette affaire, v. BATIFFOL et FRANCESCAKIS, R., 1959.259 ; M. SIMON-DEPITRE, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1960-1962, p. 109 ; M. WESER, *Riv. di dir. int.*, 1959.426 ; KOLLEWIJN, *Dir. int.*, 1960.103 ; ECK, *Dir. int.*, 1962.3.

(2) Par son arrêt du 28 novembre 1958, la Cour internationale de Justice a rejeté la demande du Gouvernement des Pays-Bas, au motif que « la Convention de 1902 sur la tutelle des mineurs laisse en dehors de son cadre la matière de la protection de l'enfance et de la jeunesse telle que l'entend la loi suédoise du 6 juin 1924 ».

en effet périodiquement dans des conférences pour que les deux législations évoluent parallèlement. Aussi, comme l'a noté un des juges *ad hoc*, M. Offerhaus, « la situation qui s'était présentée pour l'Office des mineurs était celle pour laquelle les règles sur la tutelle néerlandaise auraient offert une solution analogue » (1). La Hollande n'aurait donc eu aucun intérêt à ce que sa loi fût appliquée plutôt que la loi suédoise.

MM. Batiffol et Francescakis, dans leur commentaire de l'arrêt, ont observé à juste titre que « ce dont les Pays-Bas se plaignaient, c'était le *défaut de compétence des autorités* suédoises et non l'emploi que ces autorités avaient fait de leur compétence » (2). Or c'est la portée d'une règle de conflit de lois qui a été l'unique sujet de discussion devant la Cour internationale de Justice.

182. — On pourrait certes penser que l'invocation de la règle de conflit de lois conventionnellement adoptée entre les deux pays ne constituait pour les Pays-Bas qu'un moyen habile pour obtenir satisfaction sur le plan de la compétence internationale : les Offices suédois des mineurs, ne pouvant appliquer que la loi suédoise, devraient se déclarer incompétents chaque fois que les individus qu'ils entendraient protéger seraient hollandais ; mais il semble plutôt que les Pays-Bas aient considéré que le problème de la compétence de l'organe pouvait être directement résolu par une règle de conflit de lois. En effet, la position des Pays-Bas est ainsi résumé par la Cour : « La Convention de 1902 établit que la tutelle d'un mineur est régie par sa *loi nationale* et le Gouvernement des Pays-Bas en déduit que les autorités suédoises ne pouvaient prendre aucune mesure dès que les *autorités nationales* avaient pris des décisions organisant la tutelle de la mineure » (3). Le gouvernement suédois a d'ailleurs suivi le gouvernement néerlandais sur ce terrain : « La compétence que la loi suédoise sur la protection de l'enfance du 6 juin 1924 attribue aux *autorités* suédoises reste en dehors de la Convention, laquelle règle exclusivement les conflits de lois et de juridictions relatifs à la tutelle des mineurs, sans s'étendre au règlement d'*autres conflits de lois* » (4).

183. — La Cour internationale de Justice ne pouvait juger l'affaire que sur le terrain où les parties l'avaient placée, c'est-à-dire sur celui du conflit de lois ; elle n'avait pas, sous prétexte du plus grand intérêt pratique de la question, à rechercher quel Etat était compétent pour prendre une décision en la matière. Mais si le problème de l'efficacité de la décision avait été soumis à des juges (néerlandais

(1) *Recueil des arrêts*, année 1958, p. 153.

(2) « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice », R., 1959, p. 266.

(3) *Recueil des arrêts*, année 1958, p. 64. C'est nous qui mettons en italique.

(4) *Recueil des arrêts*, année 1958, p. 64. C'est nous qui mettons en italique.

par exemple), il nous paraît certain que la tâche de ceux-ci aurait dû consister à élaborer une règle de compétence internationale indirecte déterminant quels Etats sont « compétents » pour prendre en main le sort des mineurs menacés ; et n'est-il pas évident alors qu'il est plus commode pour les intéressés eux-mêmes d'être pris en charge par une Organisation proche de leur résidence plutôt qu'envoyés dans le pays de leur nationalité, qui peut se situer aux antipodes ? (1)

b) Prétendue dépendance du problème du conflit de juridictions à l'égard du problème du conflit de lois.

184. — Même en discernant l'existence de deux problèmes différents, celui de la compétence de l'organe et celui du choix de la loi qui régit la matière, il est encore possible de minimiser le second en faisant dépendre sa solution de celle du premier.

Niboyet avait déjà remarqué, après Fedozzi (2), que, « généralement, dans les pays à législation confessionnelle, on a mal posé le problème de l'autorité compétente pour prononcer un divorce en partant du conflit des lois pour revendiquer ensuite, en vertu de la solution qui est donnée à celui-ci, la compétence des autorités du pays dont la loi était applicable pour prononcer le divorce » (3). Puisque la règle est faite pour être appliquée par les organes du pays dont elle émane, il suffit, semble-t-on penser, pour connaître les organes compétents, de connaître la règle compétente. Cette opinion est susceptible d'être soutenue dans toutes les matières qui paraissent être du ressort d'organes administratifs.

Reprenant les termes de Niboyet, nous dirons que « nous pensons que c'est le contraire et que c'est le second [conflit] qui influe sur le premier » (4).

185. — Il faut bien se rendre compte que si un organe applique la loi de son pays, c'est *en tant qu'elle est sa loi* et parce que, dès lors qu'il est compétent, il ne peut appliquer qu'elle : « toute autorité publique, habilitée à faire certaines actes, ne peut jamais les faire que selon ses propres lois, c'est-à-dire celles du pays qui lui

(1) Il est vrai que la commodité n'est pas une circonstance de nature à fonder une règle de compétence internationale indirecte (v. *infra*, n° 236). Elle peut du moins faire apparaître que telle ou telle limite apportée à cette compétence est inopportune.

La Convention adoptée le 5 octobre 1961 à la suite de l'affaire *Boll* donne compétence à la fois aux autorités de la résidence habituelle (art. 1^{er}) et dans une certaine mesure à celle de l'Etat de la nationalité du mineur (art. 4).

(2) « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *Cours Acad. Droit internat.*, 1929, *Rec.*, t. 27, p. 209 et s.

(3) *Traité*, t. VI, n° 1574.

(4) *Traité*, t. VI, n° 1574.

a donné son pouvoir et qui l'a instituée» (1). C'est ce qu'exprime la formule de Niboyet : *auctor regit actum*.

La justification de cette maxime — que Niboyet se contente d'énoncer comme une évidence — nous paraît résider dans le fait que les organes administratifs étant chargés de la gestion de *services publics*, l'Etat est directement intéressé, et ne saurait donc les autoriser à fonctionner suivant des règles qu'il n'aurait pas lui-même posées.

Certes, les tribunaux, qui assurent bien aussi un service public, celui de la Justice, appliquent éventuellement des règles étrangères. Mais c'est que, si l'Etat est intéressé de manière générale à ce que sur son territoire la justice puisse être rendue, il n'est pas intéressé à ce qu'elle le soit dans un sens plutôt que dans un autre. L'Etat « prend en mains » le service de la Justice en posant le principe même du recours aux tribunaux, et en leur imposant la procédure selon laquelle ils doivent rendre la justice : ses exigences sont purement formelles. Lorsqu'au contraire il décide de confier une matière à un organe non judiciaire, son intérêt est le plus souvent (2) spécifique à cette matière. Les décisions prises doivent concourir à la réalisation d'une certaine politique, arrêtée par l'Etat, ce qui exclut l'intervention de toute règle étrangère.

Le cas des accidents du travail est topique : si un législateur décide de soustraire cette matière aux tribunaux pour l'attribuer à des organes administratifs, c'est qu'il s'estime personnellement intéressé à la solution des litiges, et par conséquent ses propres règles sont impérativement appliquées.

Si la règle *auctor regit actum* est bien celle qui désigne aux organes administratifs la loi qu'ils doivent appliquer, il en résulte que la loi compétente dépend de l'organe saisi, et non l'inverse. C'est donc l'appartenance de l'organe à tel ou tel Etat qui d'abord doit être prise en considération lorsque l'on s'interroge sur l'efficacité des décisions administratives étrangères.

186. — Une tendance moderne consiste à voir dans les règles relatives au fonctionnement des services publics, et notamment dans les règles posées en matière d'éducation protectrice, des lois d'application immédiate, du type : « la loi de tel pays en matière d'éducation protectrice s'applique à tous les mineurs résidant dans ce pays » (3). Il est tentant d'en déduire la compétence, dans les

(1) NIBOYET, *Traité*, t. VI, n° 1571. La Convention précitée du 5 octobre 1961 « concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs » fait dépendre la compétence législative de la compétence des autorités (art. 2 et 6). Sur cette solution, v. M. SIMON-DEPITRE, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1960-1962, p. 123.

(2) On a fait récemment observer (Y. LEQUETTE, *Recherches sur les modes de protection des mineurs en droit international privé*, thèse, Paris, 1973, n° 194) qu'il n'en est pas toujours ainsi.

(3) V. en ce sens BATIFFOL et FRANCESCAKIS, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice, précitée, spécialement p. 270 et s.

mêmes cas, des organes décisionnels de ce pays chargés d'appliquer les règles posées : la compétence des organes étrangers découlant ainsi de la compétence estimée raisonnable de la loi étrangère, seule contrôlée.

Dans le même esprit, une variante plus libérale consistera à dire que le législateur étranger détermine souverainement dans quels cas sa loi de police est compétente, et à en déduire que les organes étrangers sont compétents chaque fois que la loi étrangère elle-même s'estimera compétente. Ici, tout contrôle est purement et simplement supprimé.

En réalité il n'existe pas en matière d'éducation protectrice — continuons à raisonner sur cet exemple — de critère de compétence législative. Dans sa thèse précitée, M. Lequette affirme que la résidence habituelle du mineur constitue un tel critère. Mais il le justifie en ces termes : « [ce critère] permet de prendre en connaissance de cause des *mesures* qui pourront s'appliquer avec une pleine efficacité » (1). Il est donc patent qu'il s'agit d'un critère de compétence *juridictionnelle*.

Et de fait une loi relative à l'éducation protectrice, si elle détermine les cas dans lesquels elle s'applique (et délimite ainsi la compétence des *organes* chargés de l'appliquer), est en elle-même toujours compétente.

Cette affirmation d'allure paradoxale résulte de l'examen de la structure et de l'objet de la règle.

Celle-ci peut être schématisée de la façon suivante : « Si le mineur réside sur le territoire, et s'il est en danger, tel organe prendra telles ou telles mesures ».

C'est une règle substantielle. La première précision (« Si le mineur réside sur le territoire... ») en fait partie intégrante. En effet, les organes doivent se prononcer parce que l'Etat veut prendre en main le sort des mineurs susceptibles de mettre en danger la collectivité nationale (2). La règle substantielle, qui indique dans son effet juridique les modalités de la réaction de l'Etat aux dangers qui le menacent, définit dans son présupposé les cas dans lesquels l'Etat s'estime menacé ; il faut :

- 1° que le mineur soit en danger et
- 2° qu'il réside sur le territoire national.

Ces deux précisions sont substantielles.

En les apportant, il est bien vrai que la règle substantielle définit son propre domaine d'application. Mais elle ne limite pas pour autant la compétence de l'ordre juridique auquel elle appartient. Dans le cas où le mineur ne réside pas sur le territoire, comme dans

(1) N° 338 ; c'est nous qui mettons en italique.

(2) Comp. Jacques FOYER, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », R., 1965, p. 61 : « L'Etat veut empêcher que de jeunes adolescents résidant sur son territoire n'aillent grossir les bandes de jeunes délinquants... ».

celui où il n'est pas en danger, l'ordre juridique prescrit implicitement de ne prononcer à son égard aucune mesure dans le cadre de l'éducation protectrice. Or, dès lors qu'il s'agit de l'organisation de l'éducation protectrice de tel pays, c'est l'ordre juridique de ce pays qui est compétent, aussi bien pour dire qu'une mesure ne doit pas intervenir que pour dire qu'elle le doit : en fin de compte il s'agit pour l'Etat de dire *dans quels cas* il convient qu'il agisse, et ceci relève de sa seule compétence, en vertu des principes les plus évidents du droit international public.

La détermination de la compétence des organes de décision et de leurs modalités d'action n'est qu'une utilisation de cette compétence législative générale.

Le même raisonnement doit être tenu dans la matière, très voisine, du droit pénal international. Du fait qu'il n'y a pas délit en cas d'agissements commis à l'étranger par un étranger, des auteurs (1) concluent que la loi pénale française limite sa compétence, ce qui entraîne, selon eux, l'incompétence des tribunaux français. On voit l'erreur : si effectivement il n'y a pas délit, ce ne peut être que parce que la loi (française) l'a dit ; donc, elle est compétente ! Et seule la compétence des tribunaux répressifs est limitée.

On voit que la règle *auctor regit actum* n'exprime en fait qu'un aspect (qui seul est pratiquement intéressant au stade de l'effet en France d'une décision étrangère) de la compétence législative. L'organe est chargé de mettre en œuvre la politique de l'Etat qui l'a institué, politique qui se trouve énoncée dans les lois de ce seul Etat. Non seulement la loi appliquée est donc nécessairement la *lex auctoris* (*auctor regit actum*), mais même la compétence de l'organe résulte de cette loi, *présupposée compétente pour dire si l'organe est compétent*. Ce n'est pas la saisine de l'organe qui rend sa loi compétente ; la compétence législative est antérieure et générale ; elle se situe au niveau du droit international public. La loi suédoise, par exemple, est toujours compétente pour dire dans quels cas les Offices suédois des mineurs sont compétents pour prononcer les décisions d'éducation protectrice destinées à protéger la collectivité suédoise.

Cette compétence législative ne saurait être niée par le tribunal français saisi du problème de l'efficacité d'une décision suédoise ; et c'est ce qu'il ferait en posant une règle de conflit quelconque (y compris, notamment, la règle bilatéralisant le rattachement français du lieu de la résidence habituelle du mineur). Seul l'adage *auctor regit actum* exprime (dans l'hypothèse où l'organe étranger s'est estimé compétent et a rendu une décision) le respect dû à la compétence législative étrangère.

Cela ne signifie pas nécessairement que la décision suédoise

(1) V. LEVASSEUR et DECOCQ, *Rép. Dalloz de Droit internat.*, V^o, *Conflits de lois (matière pénale)*, n^o 12.

devra recevoir effet en France ; on serait trop vite porté à cette conclusion par l'opinion qui prône l'efficacité des lois d'application immédiate étrangères dans le domaine qu'elles se sont elles-mêmes assigné. Il se peut que l'utilisation de sa compétence par le législateur suédois, autrement dit le contenu de sa règle, notamment quant à la détermination de la compétence des Offices des mineurs, paraisse inopportune au juge français : favorisant, par exemple, des cumuls de décisions. Il est donc tout à fait licite de formuler des exigences quant à l'origine de la décision ; ce faisant, ce sont des règles de compétence internationale indirecte, et non de compétence législative, que l'on pose.

187. — Une fois contrôlée l'origine de la décision, un contrôle de la loi appliquée aurait-il un sens ?

En principe, le problème ne se posera pas, s'agissant de décisions administratives qui auront bien appliqué leur propre loi (1).

Mais il se peut que la décision administrative soit rendue dans une matière qui en France relève de la compétence des tribunaux. Selon Niboyet, il y a ici un problème de qualification, qui doit être résolu *lege fori*. La règle *auctor regit actum* doit être écarté au profit de la règle de conflit applicable en France à la question de droit.

De fait, la Cour de cassation a, dans l'arrêt *Rivière* du 17 avril 1953 (2) vérifié que la loi (équatorienne) appliquée au fond par le préfet politique équatorien qui avait prononcé le divorce était bien la loi compétente en vertu de la règle française de conflit (retenant le domicile commun des époux de nationalité différente).

Cette solution nous semble exacte, à condition bien entendu que le principe général du contrôle du choix de la loi appliquée au fond soit admis (3).

Il convient de noter toutefois que la règle *auctor regit actum* peut aussi s'appliquer dans des hypothèses où compétence a été donnée à des organes judiciaires ; la compétence d'organes administratifs n'est pas en effet une condition nécessaire de son applicabilité. Ainsi, les mesures d'assistance éducative sont prononcées, en France, par des juges. Leur rôle est ici très particulier (ils peuvent notamment se saisir d'office) et ils appliquent nécessairement la loi

(1) Dans les hypothèses exceptionnelles où les organes administratifs appliquent une loi étrangère, le problème est à traiter comme celui de l'effet des jugements étrangers en général.

(2) R., 1953.412, note Batiffol ; J., 1953.860, note Plaisant ; J.C.P., 1953.II.7863, note J. Buchet.

(3) Nombreux sont les auteurs qui en contestent l'opportunité. V. notamment Ph. FRANCESCAKIS, *Rép. Dalloz de procédure civile*, V^o *Jugement étranger*, n^o 157 ; BELLET, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1962-1964, p. 251 ; GOLDMAN, J., 1964.302 ; HOLLEAUX, R., 1953.116 ; LOUIS-LUCAS, J.C.P., 1958.II.10701 ; ROUAST, *Rev. internat. dr. comp.*, 1955.385.

française (1). Il s'agit donc bien d'une matière qui relève, en France de la règle *auctor regit actum*.

Nous arrivons ainsi à la conclusion que, pour résoudre le problème de l'efficacité en France des décisions émanant d'organes administratifs étrangers, les règles de conflit de lois sont inutilisables et inutiles — sauf les cas où la matière échapperait en France à la règle *auctor regit actum* — et qu'il y a lieu d'élaborer et d'utiliser dans tous les cas des règles de conflit de juridictions.

B. — LES ACTES PUBLICS « STRICTO SENSU ».

188. — Si l'on néglige parfois de voir dans les décisions administratives étrangères des normes suffisamment indépendantes des règles qu'elles appliquent pour poser un problème de droit international privé distinct, il en va *a fortiori* de même pour les simples actes publics étrangers. Ces actes n'édicte pas eux-mêmes un état de droit nouveau ; ils consistent en une simple formalité : dépôt, inscription, par exemple, à laquelle une règle attache des effets juridiques.

On est donc tenté d'assimiler les actes publics étrangers aux simples actes privés, tels que contrats, testaments, etc., et de limiter le problème de droit international privé à la recherche de la règle substantielle qui régit leurs conditions de validité et leurs effets.

189. — Il n'est pas possible cependant de faire ainsi abstraction du caractère normatif de l'acte public.

Tout d'abord la loi applicable à ses effets et à ses conditions ne peut être désignée que par la règle *auctor regit actum*. Si par exemple la transcription d'un transfert immobilier ne le purge pas, suivant la loi de celui qui y a procédé, des vices qui peuvent l'affecter, elle ne doit pouvoir faire nulle part obstacle à une action en nullité du transfert intentée par l'une ou l'autre des parties, ou par un tiers. La solution contraire serait absurde, car la portée de l'acte est fonction des vérifications auxquelles l'auteur de l'acte a dû procéder pour respecter la loi de son pays.

Symétriquement en ce qui concerne les conditions de validité de

(1) Civ., 27 oct. 1964 (R., 1965.119) affirme que « les articles 375 et suivants sont applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent ». Cela ne veut pas dire que la loi française dans son ensemble soit inapplicable aux mineurs résidant à l'étranger ; elle se contente de ne prévoir aucune mesure d'assistance à leur égard.

Dans le cadre de l'assistance éducative, le juge français détermine sa compétence par application de la loi française parce que c'est sa loi, et détermine le contenu de sa décision par application de la même loi, pour la même raison : *auctor regit actum*.

l'acte, il serait erroné d'exiger le respect de conditions non posées par la loi de l'auteur de l'acte (1).

190. — D'autre part et surtout, un problème essentiel se pose, préalablement au problème de conflit de lois. C'est celui de savoir si l'acte est de nature à entraîner des effets quelconques en France compte tenu de l'Etat dont il émane, autrement dit s'il est efficace *ratione originis*.

Appliquer en effet la loi de l'acte à un acte public implique, à deux points de vue, qu'on lui reconnait une certaine efficacité. Tout d'abord si on applique cette loi et non une autre, c'est parce que *l'on a admis de tenir compte en l'espèce du pouvoir « normateur » du pays dont émane l'acte* ; ce ne peut être que *parce qu'il en émane*. L'efficacité de l'acte conduit ici, non à le prendre directement pour base de déduction puisqu'il est en lui-même dénué de signification, mais à appliquer la loi qui permet de déchiffrer son contenu juridique. Par ailleurs, il y a encore reconnaissance d'une efficacité à l'acte dans le fait de ne pas remettre en cause l'opportunité de l'exercice qu'a fait son auteur du pouvoir discrétionnaire plus ou moins étendu qui a pu lui être conféré.

191. — Le traitement de tout problème d'efficacité d'une décision étrangère nécessite l'utilisation d'une règle de compétence internationale indirecte. Il n'existe pourtant en France aucune règle de ce type en matière d'efficacité des actes publics étrangers. Plus exactement, les règles de compétence internationale indirecte, appliquées en fait par les tribunaux, ne sont jamais exprimées comme telles ; les problèmes, présentés comme des problèmes de conflit de lois, sont résolus à l'aide de règles de conflit de lois. Quatre exemples mettront en évidence cette attitude et en montreront le mal-fondé : la célébration du mariage (2), la publicité des droits réels immobiliers, celle des sociétés, la rédaction des actes de l'état civil.

(1) Le respect par l'auteur de l'acte des conditions posées par sa loi entraîne la validité de l'acte, avec les effets qui lui sont attachés ; mais, si cet acte n'est qu'une décision relative (cf. *supra*, n° 76), il n'entraîne pas nécessairement la validité du *negotium* pour lequel la solennité est requise. Si le mariage-célébration est valable dès lors que l'officier d'état-civil étranger compétent a observé les formalités prévues par sa propre loi, il ne s'ensuit pas que le mariage-institution qui en résulte soit lui-même valable : il faut encore que les conditions de fond aient été respectées.

(2) Le mariage est, du moins en France, un acte public *stricto sensu* et non une décision administrative *stricto sensu*. La formule sacramentelle qui est prononcée (« je vous déclare unis par les liens du mariage ») va au-delà de ce que l'Etat a confié à l'officier le pouvoir de créer, puisque la célébration ne suffit pas à rendre le mariage-institution valable. Elle constitue donc une simple formalité.

a) *Célébration du mariage.*

192. — Quels pays peuvent célébrer un mariage entre deux personnes déterminées ? La réponse à cette question n'est expressément apportée ni par la loi, ni par la jurisprudence, ni par les ouvrages classiques de droit international privé. On déduit seulement de l'article 170 du Code civil, et de divers décrets qui en complètent les dispositions, que la *forme* du mariage est régie en principe par la *lex loci actus*, qui peut, lorsque le mariage en la forme diplomatique ou consulaire est admissible, céder le pas à la loi nationale (1).

La règle *locus regit actum* nous semble bien avoir un certain rôle à jouer : c'est elle qui détermine si l'intervention d'un organe étatique est nécessaire, autrement dit si une véritable décision doit être prononcée. La jurisprudence a justement admis, par application de la règle *locus...*, la validité du mariage de common law, c'est-à-dire sans formes extérieures, tel qu'il a subsisté dans les pays protestants après les réformes du concile de Trente qui ne les atteignaient pas (2). Notons que si la loi locale ne prévoit pas l'intervention de l'Etat dans la célébration du mariage, il n'est pas pour autant interdit aux futurs époux de s'adresser, dans les cas prévus par la loi française, aux agents diplomatiques du pays dont ils sont ressortissants : la règle *locus...* est facultative, en ce sens qu'elle a pour seul effet d'ouvrir éventuellement aux parties la possibilité supplémentaire de se marier sans l'intervention de l'Etat.

Mais, en dehors du problème très précis de la *nécessité* de l'intervention d'un acte public, ni la loi du lieu ni celle de la nationalité ne nous semblent devoir régler la question de la validité en la forme du mariage, dès lors qu'une cérémonie publique s'est effectivement déroulée.

Si le mariage a été célébré par un officier de l'état civil du pays du lieu de la cérémonie, il n'a pu l'être que suivant les formes imposées par la loi organique de l'officier, en vertu de la règle *auctor regit actum*. Il y a, certes, coïncidence entre la *lex auctoris* et la *lex loci*,

(1) V. notamment H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n°s 419 et s. ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN, *Droit international privé*, 9^e éd., p. 581 ; P. ARMINJON, *Précis de Droit international privé*, t. II, 3^e éd., 1958, n° 64 ; R. SAVATIER, *Cours de Droit international privé*, 2^e éd., 1953, n° 366 ; VINCENT et PONSARD, *Jurisc. Droit international*, fasc. 546-B, n°s 2 et s. ; SCHAEFFER, *Rép. Dalloz Droit internat.*, V° *Mariage*, n°s 89 et s.

(2) Req., 20 déc. 1841, D.P., 42.I.34, S., 42.1.321 ; Bordeaux, 14 mars 1849, D.P., 52.2.13, S., 52.2.407 ; Req., 13 janv. 1857, D.P., 57.I.106, S., 57.1.81 ; Paris, 20 janv. 1873, D.P., 73.2.59, S., 73.2.177 ; Amiens, 22 juill. 1886, J., 87.188 ; Seine, 20 avr. 1891, *Le Droit*, 29 avr. 1891 ; Besançon, 17 juill. 1895, J., 95.1051 ; Aix, 20 déc. 1900, J., 1903.639 ; Trib. civ. Seine, 31 mars 1905, R., 1905.712 ; cf. Douai, 5 déc. 1904, J. 1905.1032 ; Trib. Largentière, 31 mai 1911, D.P., 1914.2.169 ; Trib. civ. Seine, 17 janv. 1924, *Gaz. Trib.*, 13 sept. 1924 ; 3 mars 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.1.738 ; Paris, 20 nov. 1928, *Gaz. Trib.*, 15 févr. 1929 ; Rabat, 17 janv. 1934, J., 1936.174. V. sur le droit comparé, RABEL, *Conflict of Laws*, I, p. 224.

mais elle est purement fortuite, et tient au fait que l'officier de l'état civil a agi sur le territoire de l'Etat qui l'a institué (1).

Or, il n'en est pas toujours ainsi, puisqu'il est admis que dans certaines hypothèses les futurs époux peuvent demander au consul du pays de leur nationalité de célébrer leur mariage. Le consul, lui aussi, agit suivant sa loi : *auctor regit actum*. Mais comme il agit en territoire étranger, sa loi n'est pas celle du lieu de l'acte. Il y a donc dissociation entre l'application de la règle *auctor regit actum* et celle de la règle *locus regit actum*. C'est pourquoi les auteurs cessent ici d'affirmer la compétence de la *lex loci actus* pour lui substituer celle de la loi nationale. On explique cette solution en invoquant le caractère facultatif de la règle *locus*.

Il serait plus juste d'admettre que, dans tous les cas, c'est la règle *auctor regit actum* qui joue, et que *le seul choix ouvert aux parties est celui de l'autorité qui célébrera le mariage*. En effet, à partir du moment où elles ont choisi de faire appel à l'officier de l'état civil local ou au consul de leur pays, elles ne peuvent plus exercer aucune influence sur la forme de leur mariage.

Une autre remarque milite dans le même sens : si le mariage est célébré en France par le consul du pays de la nationalité de la femme suivant des formes identiques à celles que prévoit le pays de la nationalité du mari, la loi nationale de celui-ci est bien respectée, et pourtant le mariage sera en France considéré comme nul : *c'est donc bien la compétence internationale de l'organe qui est en cause, non la forme de l'acte*.

193. — Il apparaît donc que la règle posée par l'article 170 du Code civil est, pour l'essentiel, non une règle de conflit de lois mais une règle de compétence internationale indirecte. Elle peut être énoncée de la façon suivante : « La décision de mariage peut émaner, soit du pays où se trouvent les futurs époux au moment où elle intervient, soit, par ses organes consulaires ou diplomatiques, du pays de la nationalité commune des futurs époux — cette possibilité étant toutefois écartée dans le cas des mariages d'étrangers dans un pays tiers — soit enfin du consul ou de l'agent diplomatique français établi dans certains pays énumérés par décret, dans l'hypothèse où le futur mari seul est français ».

Telles sont les exigences que pose l'article 170 du Code civil.

Mais d'autres textes ne restreignent-ils pas encore la compétence des pays étrangers ? En matière d'effet des jugements étrangers, la jurisprudence a « bilatéralisé » certaines règles de compétence territoriale interne, c'est-à-dire considéré que les tribunaux des pays étrangers n'étaient compétents que si l'un des chefs de compé-

(1) En ce sens NIBOYET, *Traité*, t. VI, n° 1585, p. 36 : « L'autorité du pays étranger... ne peut évidemment suivre d'autres formes que celles en vigueur pour le service public dont elle est chargée (*auctor regit actum*), ceci du moins lorsque le mariage implique l'intervention d'une autorité publique ».

tence retenus par la loi française était réalisé dans leurs pays (1). Bien que nous soyons hostiles à cette solution (2), nous signalons simplement ici qu'elle est aussi — ou aussi peu — défendable en matière d'effet des actes publics. On pourrait donc songer à interpréter l'article 74 du Code civil, aux termes duquel « le mariage sera célébré dans la commune où l'un des deux époux aura son domicile ou sa résidence établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la publication prévue par la loi », comme impliquant l'incompétence des officiers de l'état civil étrangers dans le pays desquels aucun des époux n'aura séjourné pendant un mois au moins avant la première formalité prévue par la loi de ce pays.

b) Publicité des droits réels immobiliers.

194. — Plusieurs auteurs ont aperçu et signalé l'importance, au regard du droit international privé, de l'intervention d'un service public dans le fonctionnement de la publicité foncière (3). Mais ils en ont seulement déduit la compétence de la *lex rei sitae* pour régir l'institution : « Les services publics exercent leur activité sur tous les faits de leur compétence produits sur le territoire et nul ne doute qu'ils interviennent pour toutes les transactions qui concernent un bien situé dans leur circonscription. » (4).

Nous dirions quant à nous, que les actes de publicité en matière réelle immobilière sont efficaces en France *ratione originis* s'ils émanent du pays du lieu de situation de l'immeuble.

Les deux formules sont proches. Notre position diffère cependant de celle de M. Batiffol sur deux points. D'une part nous considérons la règle que nous énonçons comme une règle de compétence internationale indirecte, alors que M. Batiffol voit dans sa propre remarque une règle de conflit de lois, dérivée de la règle de l'article 3 alinéa 1^{er} du Code civil : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » (5). D'autre part, pour M. Batiffol, la circonstance qu'un service public est chargé de la publicité n'intervient que pour confirmer une solution qui se fonde d'abord sur des raisons de droit privé : l'application de la *lex rei sitae* aux modes d'acquisition propres aux droits réels (6).

Il nous semble que la loi de situation de l'immeuble intervient effectivement, et intervient d'ailleurs seule, pour résoudre la question de savoir si une formalité de publicité est indispensable pour produire un certain effet, par exemple l'opposabilité de l'acte qui

(1) V. *infra*, nos 230 et 231.

(2) V. *infra*, n° 233.

(3) V. notamment H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 522 ; H. BATIFFOL, *La propriété privée*, p. 162 ; PATARIN, *Rép. Dalloz Droit internat.*, V° *Publicité des actes*, n° 46 ; G. FRIEDEL, *Jurisl. Droit internat.*, fasc. 550, n° 230.

(4) H. BATIFFOL, *La propriété privée*, précité, p. 162.

(5) *Traité*, n° 522.

(6) *Traité*, loc. cit.

a créé ou modifié le droit réel. Mais la formalité étant supposée nécessaire, il faut encore déterminer *qui* peut y procéder. La réponse du droit positif est : l'Etat du lieu de situation de l'immeuble. En posant cette règle, on ne détermine pas, contrairement à ce que l'on prétend, le champ d'application des lois relatives aux modes d'acquisition des droits réels ; la règle permettra en effet au juge non pas de choisir une loi (la *lex rei sitae*), mais de donner ou de dénier effet à un acte (1). Ce n'est d'ailleurs qu'à titre de *lex auctoris*, et pour préciser la portée exacte de l'acte, préalablement considéré comme efficace *ratione originis*, que l'on appliquera la loi du lieu de l'immeuble (2).

c) Publicité des sociétés.

195. — La publicité des sociétés appelle des remarques analogues. A son propos, on se demande en général si elle relève de la *lex societatis* ou de la *lex fori*. La première solution repose « sur la présomption que l'activité principale de la société devant s'exercer en principe dans le pays du siège, les tiers de ce pays sont les plus directement intéressés » (3). Mais comme elle présente l'inconvénient d'assurer une protection insuffisante aux créanciers traitant hors du pays où la publicité a été organisée, on propose de se tourner vers la seconde solution : « l'organisation par chaque Etat d'une publicité régie par la loi locale, et à laquelle les sociétés étrangères sont assujetties » (4).

En réalité, il ne s'agit nullement là de problèmes de compétence législative. La publicité confiée aux organes d'un Etat ne saurait être assurée que conformément à la loi de cet Etat ; aucun fonctionnaire français, par exemple, ne peut « incorporer » une société anglaise. Il s'agit seulement de savoir quels Etats sont compétents pour effectuer, concrètement, des mesures de publicité pour une société déterminée.

La solution proposée par MM. Loussouarn et Bredin (5), qui cumule

(1) La confusion entre conflit de lois et conflit de juridictions est très apparente dans la justification que donne M. Friedel (*loc. cit.*) du rôle de la *lex rei sitae* : « S'agissant du transfert de propriété à l'égard des tiers, la compétence de la *lex rei sitae* se justifie facilement : la formalité requise pour rendre le transfert opposable aux tiers est destinée à garantir la sécurité du public et ne peut remplir ce rôle que si elle a été accomplie au lieu de situation du bien, selon la loi de ce lieu où les tiers seront le plus naturellement portés à se renseigner » (C'est nous qui mettons en italique).

(2) Même Niboyet, qui donne à la maxime *auctor regit actum* la portée la plus large, se prononce ici pour la compétence de la *lex rei sitae* (*Traité*, t. IV, n° 1170). Dans le même sens, outre les auteurs cités *supra*, p. 140, note 3, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN, *Droit international privé*, 9^e éd., p. 634, n° 471 ; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé*, 2^e éd., 1953, n° 275.

(3) Y. LOUSSOUARN et J. D. BREDIN, *Droit du commerce international*, n° 343.

(4) Y. LOUSSOUARN et J. D. BREDIN, *op. cit.*, n° 344.

(5) *Op. cit.*, n° 344 et 345.

la compétence de l'Etat de la nationalité et de ceux où la société exerce une activité continue (1) n'est d'ailleurs pas analysable en termes de conflit de lois. Comme l'observent justement ces auteurs, il n'y a pas ici de conflit de lois, cette notion « impliquant l'existence d'une opposition entre deux lois dont l'une triomphe tandis que l'autre s'efface » (2). La compétence des Etats est ici une compétence « décisionnelle ».

d) Rédaction des actes de l'état civil.

196. — Comme en matière de publicité immobilière, on invoque ici la territorialité des lois de police (art. 3, al. 1 du Code civil) pour justifier que les officiers de l'état civil français reçoivent des déclarations sur les faits survenus sur le territoire de leur pays (3) ou des actes émanant de personnes qui y sont domiciliées (4). Il s'agit en réalité d'une règle de compétence internationale, directe en ce qu'elle concerne les officiers de l'état civil français.

Quant aux actes reçus en pays étranger par les autorités locales, ils font foi, d'après l'article 47 du Code civil, s'ils ont été rédigés dans les formes usitées dans ledit pays. Ce texte, qui ne semble renseigner que sur la loi applicable à la forme des actes, pose en fait une règle de compétence internationale indirecte (5). La loi que doit suivre l'autorité est sa propre loi : on s'aperçoit que ce n'est pas nécessairement la loi du lieu de l'acte lorsque c'est un agent consulaire qui rédige celui-ci. Ce que veut dire l'article 47, c'est essentiellement que les actes rédigés par des autorités étrangères sont en principe efficaces en France (6) ; le principe vaut non seulement si l'acte a été rédigé à l'étranger, mais encore s'il l'a été en France par l'agent consulaire d'un pays étranger. Toutefois l'acte étranger ne sera pas efficace si la loi française exige, relativement aux faits qu'il constate, une déclaration à un officier d'état-civil français. En effet, si cette déclaration est faite, c'est l'acte français qui impose ses effets ; et si elle est omise, la déclaration faite à l'autorité étrangère n'en saurait tenir lieu (7). La règle de l'article 47

(1) Il convient d'observer que les mesures de publicité prises dans ces derniers pays ont un domaine d'efficacité restreint à l'activité locale de la société.

(2) *Op. cit.*, n° 344.

(3) V. en ce sens NIBOYET lui-même, *Traité*, t. VI, n° 1604.

(4) Sous l'exception de la reconnaissance d'enfant naturel.

(5) En ce sens NIBOYET, *Traité*, t. VI, n° 1585 : « les articles 47 et 170 du Code civil sont assez mal rédigés, en ce qu'ils font allusion aux « formes usitées dans le pays », alors qu'en réalité ce ne sont pas tant ces formes qui comptent que l'intervention de l'autorité du pays étranger ».

(6) Leur efficacité est limitée par nature à un simple force probante, dont la mesure exacte est précisée par la *lex auctoris*.

(7) Cependant l'Instruction aux officiers de l'état civil (art. 498) prévoit dans cette hypothèse qu'un acte de naissance ou de décès reçu par un agent consulaire étranger en France « ne serait pas dépourvu de toute efficacité en France » ; il pourrait notamment être utilisé dans une instance en déclaration

ne vise donc que les cas où il n'y a pas de compétence française obligatoire.

§ 3. — Les jugements.

197. — L'emploi du procédé du conflit de juridictions pour régler la question de l'effet en France des jugements étrangers, contentieux ou gracieux, ne rencontre aucune hésitation. Même ceux qui tendraient à assimiler les actes de juridiction gracieuse aux actes publics n'en concluent pas qu'il faille les traiter suivant la méthode du conflit de lois.

Les jugements étant des décisions, il y a donc concordance en principe entre notre point de vue et celui du droit positif.

Il n'y a pas à craindre par ailleurs que l'on cherche à résoudre le problème, correctement posé, de l'effet d'un jugement étranger, à l'aide d'une règle de conflit de lois; le facteur qui avait rendu possible la substitution de la règle de conflit à la règle de compétence internationale indirecte pour résoudre le problème de l'effet des *actes publics* étrangers, c'est-à-dire la concordance nécessaire de la compétence des autorités et de la compétence législative, ne se retrouve pas en matière d'effet des jugements, même gracieux (1).

Il existe pourtant un danger : c'est que l'on minimise la portée de l'efficacité du jugement. Si l'on décide de donner effet au jugement étranger, l'état de droit qu'il prononce doit, pensons-nous, être tenu pour vrai quelle que soit l'occurrence en laquelle on l'invoque. C'est bien ce que l'on considère généralement. Mais en certains domaines on semble l'oublier, et on recherche le point de vue, sur cet état de droit, d'un pays désigné par une norme de conflit de lois.

198. — Pratiquement, c'est le problème du remariage d'une personne divorcée qui révèle cette tendance (2). Supposons que deux époux, X de nationalité I et Y de nationalité II, aient été divorcés dans le pays I selon la loi du pays I qui admet le divorce, tandis que la loi du pays II l'interdit; par la suite Y veut se remarier avec Z, de nationalité quelconque dans un pays III. La question de la validité du mariage se pose dans le pays F (qui peut être soit le pays I, soit le pays III, soit un pays IV). Pour nous, le juge du pays F doit résoudre une alternative très simple (nous supposons

judiciaire de naissance ou de décès; il constituerait également un commencement de preuve par écrit en matière de recherche de paternité (v. H. BATIFFOL, *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1955-1957, p. 43).

(1) V. *supra*, p. 128, note 1.

(2) Sur cette question, v. MAKAROV, « Le remariage du conjoint divorcé en droit international privé », R., 1967.643; VON OVERBECK, « Le remariage du conjoint divorcé selon le projet de Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et selon les droits allemand et suisse », R., 1970.45, et les articles cités par cet auteur (p. 45, note 1).

que selon la règle de conflit de F le statut personnel est soumis à la loi nationale) : le jugement a-t-il ou non effet dans le pays F ? Si la réponse est négative, Y ne peut pas se remarier, la bigamie étant interdite par le pays II de sa nationalité (et peut-être aussi contraire à l'ordre public du pays F). Si la réponse est positive, Y peut se remarier.

Plusieurs juridictions, tant françaises qu'étrangères, ont cependant préféré placer le problème sur le terrain du conflit de lois en recherchant la loi compétente pour dire si Y doit toujours être considéré comme marié avec X (1).

199. — Dans une affaire *Sciachi* (2), le Tribunal civil de la Seine a validé l'union d'une Française, la dame Sallas, avec un Italien, Sciachi, dont la précédente union avec une autre Française avait été dissoute par un jugement français de divorce. Pour justifier cette décision, le tribunal a tout d'abord invoqué l'autorité de chose jugée et l'indivisibilité du divorce ; c'est bien sur ce terrain, à notre avis, que se situait effectivement le problème. Mais un second motif nous semble critiquable. Nous en reproduisons les attendus essentiels : « Attendu au surplus qu'à cette première raison de la validité du second mariage contracté par cet étranger divorcé s'en ajoute de surcroît une seconde, non moins décisive, lorsqu'il se trouve que le mariage en question rentre dans la catégorie de ceux qui en toutes circonstances doivent en France ressortir, quant à leurs conditions, à la compétence législative française ; — Or, attendu que tel est le cas du mariage qu'un étranger contracte en France avec une Française conservant sa nationalité... Attendu que cette compétence législative française existait dans la présente espèce, où l'épouse, dame Sallas, était lors du mariage, et est demeurée, Française ; — Attendu que dans les conditions de la présente espèce *Sciachi*, libre de tout lien matrimonial aux yeux de la loi française... a donc pu valablement se remarier le 7 avril 1939 ». La soumission des conditions de fond du mariage à une loi unique est certainement discutable ; supposons-la cependant établie. Le tribunal prétend chercher dans la loi française désignée par la règle de conflit applicable aux conditions de fond du mariage la réponse à la question de

(1) Il ne faut pas confondre le problème qui nous occupe avec celui de la divisibilité entre les époux du jugement de divorce. Un jugement du Tribunal civil de la Seine (2 juin 1942, R., 1943.117) a dénié à un Italien le droit de se remarier au motif que le jugement de divorce, précédemment rendu en France entre sa première femme (une Française) et lui, était en lui-même sans effet à son égard. Le tribunal a ainsi agi par voie d'interprétation de la décision. Et, bien que celle à laquelle il s'est arrêté, dans la ligne probable de l'arrêt *Ferrari* (6 juill. 1922, D.P., 1922.1.137, S. 1923.1.5, note Lyon-Caen), soit absurde — elle a été condamnée par le même tribunal le 17 mars 1948 (R., 1948.112, note Niboyet) — la méthode en elle-même nous semble bonne. V. dans le sens de la distinction des deux problèmes, G. HOLLEAUX, « Les effets du divorce », in *Le Droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 195.

(2) 17 mars 1948, cité note précédente.

savoir si le précédent mariage de Sciachi était dissous. S'il opte pour l'affirmative, c'est, peut-on penser, parce que le divorce, ayant été prononcé en France, ne pouvait qu'être valable en France ; ce n'est pas en vertu d'une *règle française*, c'est en vertu de la *décision* française de divorce elle-même que Siachi était donc « libre de tout lien matrimonial aux yeux de la loi française ». Mais dans ces conditions il n'y avait pas lieu d'appliquer une règle de conflit de lois : celle-ci ne permet de choisir qu'entre des *règles* concurrentes.

200. — La décision que nous venons d'évoquer se présente comme une exception dans la jurisprudence française. Le motif que nous critiquons venait d'ailleurs au soutien d'un raisonnement correct. Si les deux argumentations avaient conduit à des résultats contraires (par exemple, si le tribunal avait considéré que la loi italienne était applicable aux conditions de fond du mariage), il est probable que la seconde n'aurait pas même été invoquée.

En Allemagne Fédérale, en Suisse et au Lichtenstein en revanche, une importante fraction de la jurisprudence pose le problème *exclusivement* en termes de conflit de lois (1). Elle aboutit ainsi fréquemment à refuser à l'un des conjoints divorcés le droit de se remarier. Nous examinerons à titre d'exemples deux décisions particulièrement typiques.

La première, qui émane du Tribunal fédéral suisse (2), a été rendue dans une affaire très comparable à l'affaire *Sciachi*. Un Italien, Caliaro, avait épousé une Suissesse, Dorothea Bodmer. En 1948 le divorce avait été prononcé entre les époux par le tribunal du district de Bienne. En 1953 Caliaro se maria en Grande-Bretagne avec une Suissesse, Fanny Wydler. Le Tribunal fédéral approuve le Conseil d'Etat du canton d'Argovie d'avoir refusé d'ordonner l'inscription du mariage au registre de l'état civil. L'analogie du raisonnement tenu avec celui du Tribunal civil de la Seine dans l'affaire *Sciachi* est frappante, bien que, en raison de la différence des règles de conflit, les deux juridictions soient parvenues à des résultats opposés : « D'après l'article 7 c, LRDC, il convient d'examiner la validité du mariage des requérants du point de vue de la loi italienne, loi nationale du fiancé et mari. L'article 115, alinéa 1^{er}, du *Codice civile* qui traite du mariage des Italiens à l'étranger, pose en principe que le ressortissant (italien) est soumis aux dispositions de la première section « de ce chapitre » (chapitre 3 du titre 6 du livre premier), savoir aux articles 84 et suivants, même s'il se marie à l'étranger dans les formes du droit étranger. Lorsqu'un Italien se marie à l'étranger, le droit italien applique donc les règles italiennes relatives aux conditions du mariage. D'après ces règles, le requérant Caliaro ne pouvait épouser la requérante Wydler.

(1) Sur la position des autres pays, v. NEUMAYER « Ehescheidung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit », *Rechts Z.*, 1955, p. 77 et s.

(2) 11 nov. 1954, *Rec. officiel*, Vol. 80, 1^{re} partie, p. 427 et s. ; R., 1957, p. 52, note Wengler.

En effet, ainsi que la juridiction cantonale l'a constaté sur le vu d'un rapport de la Légation d'Italie à Berne, la loi italienne ne reconnaît pas la dissolution du premier mariage de Caliaro prononcée en Suisse, mais considère que ce mariage existe encore, de sorte que la condition du célibat (*libertà di stato*, art. 86 du *Codice civile*) n'est pas réalisée».

On remarquera que la loi italienne est consultée, non pas directement en tant que loi désignée par la règle de conflit suisse, mais en tant que loi désignée par la règle de conflit italienne. Le juge suisse a voulu déterminer la position qui serait celle d'un tribunal italien saisi du problème de la validité du nouveau mariage; et il a conclu que le mariage serait nul, parce que les tribunaux italiens ne reconnaissent pas les divorces d'Italiens prononcés sur des causes non prévues par leur loi personnelle compétente d'après la règle de conflit italienne.

La même préoccupation apparaît dans l'ordonnance rendue par le président de la Cour hanséatique de Hambourg le 5 août 1955 (1).

Le demandeur était un ressortissant britannique originaire d'Ecosse, dont le mariage avec une Allemande avait été dissous par un tribunal allemand. Le magistrat a refusé de dispenser le demandeur, qui avait l'intention de conclure un nouveau mariage, de la production d'un certificat d'aptitude au mariage. En effet, a-t-il expliqué, le demandeur était toujours considéré comme marié d'après sa loi nationale : le jugement de divorce n'était pas reconnu en Ecosse, parce que le tribunal allemand n'était pas compétent suivant la loi écossaise.

Ici, ce ne sont donc pas les règles de conflit de lois, mais les règles de conflit de juridictions du pays de la nationalité que l'on consulte. Mais le but est toujours le même : éviter de célébrer un mariage qui ne serait pas reconnu dans le pays de la nationalité de l'un des époux, et serait ainsi un mariage boiteux, un *matrimonium claudicans*.

201. — Les auteurs allemands expliquent ces solutions en invoquant la notion de question préalable : la question préalable de la dissolution du premier mariage doit selon eux être résolue suivant la loi (ce terme visant non seulement les règles substantielles mais aussi les règles de conflit) du pays compétent pour résoudre la question principale de la possibilité d'un nouveau mariage (2).

(1) R., 1957, p. 50, note Wengler.

(2) En ce sens WENGLER, « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *Rebels Z.*, 1934, p. 216 ; R., 1957, p. 57 ; NEUMAYER, *op. cit.*, p. 67 ; WOLFF, *Das Internationale Privatrechts Deutschlands*, p. 79 et s. ; LEWALD, « Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internal.*, 1939, *Rec.*, t. 69, p. 63 et s. ; en sens opposé, NUSSBAUM, *Principles of private international law*, p. 104-119 ; REICHEL, *Arch. civ. pr.*, 1924, p. 200 ; MASSFELLER, « Conclusion d'un nouveau mariage après le divorce », in *Le Droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 190. La doctrine française dans son ensemble est hostile à cette solution. V., cependant, P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », R., 1960.459, spécialement, p. 471.

Ce n'est pas le bien-fondé de la doctrine des questions préalables que nous mettons cependant en cause, mais son utilisation particulière dans notre matière (1). On peut concevoir qu'il y ait, dans l'hypothèse classique où il s'agit de déterminer la vocation successorale d'un prétendu fils naturel du *de cuius*, un inconvénient à rechercher la loi compétente pour dire quelles sont les conditions de la filiation naturelle suivant la règle de conflit du for, alors que l'expression « filiation naturelle » ne revêt peut-être pas la même signification dans cette règle et dans la loi compétente pour régir la question principale, qui admet la vocation successorale des enfants naturels. Mais dans le cas du remariage d'une personne divorcée, ce n'est pas le *concept abstrait* de divorce que l'on prend le parti d'examiner selon le point de vue du pays désigné par la règle de conflit : c'est la *position concrète* que les tribunaux de ce pays adopteraient relativement au problème de l'efficacité du jugement (2). Ce qu'a recherché par exemple le Tribunal fédéral dans l'affaire *Caliaro*, c'est le point de vue qui aurait été *en l'espèce* celui d'un tribunal italien — et non de la *loi italienne* — quant à la question de l'effet en Italie du jugement de divorce suisse. La même démarche apparaît encore plus nettement dans l'affaire jugée par le président de la Cour hanséatique de Hambourg, puisque la loi écossaise connaît l'institution du divorce, et qu'un tribunal écossais n'aurait refusé de reconnaître le jugement allemand de divorce qu'au motif de l'incompétence des tribunaux allemands.

202. — Or cette attitude révèle à la fois une insuffisante prise en considération de l'autorité du jugement dans la façon de poser le problème, et un emploi abusif de la méthode du conflit de lois dans la façon de le résoudre.

Le premier grief apparaît fondé à la lecture de l'analyse très caractéristique que donne M. Neumayer de la position du problème : « La faculté de remariage se trouve, dans son concept, en dehors du fait sociologique transcrit par « divorce » — parce qu'elle ne concerne plus la dissolution de l'ancien état, mais est déjà orientée vers la création d'une nouvelle union. Son *substratum* n'est plus constitué par les répercussions de l'ancienne entité, mais plutôt par la liaison de deux individus célibataires en vue d'une nouvelle union conjugale. C'est pourquoi il n'existe ni une nécessité logique ni un motif éthique pour permettre que le statut du divorce poursuive aussi dans cette voie les personnes voulant se marier » (3). Il est exact que l'efficacité du jugement de divorce ne doit pas interférer dans le problème de la détermination des conditions de validité du nouveau

(1) Selon M. Francescakis (*contra* : WENGLER, R., 1957, p. 57 et s.) les deux décisions, suisse et allemande, que nous venons de citer n'ont pas fait application de la doctrine des questions préalables (*Le Renvoi*, n° 231 et 232).

(2) Comp. LOUIS-LUCAS, « Qualification et répartition », R., 1957, p. 171.

(3) « Ehescheidung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit », *Rabels Z.*, 1955, p. 72.

mariage ; elle ne saurait, par exemple — sauf intervention éventuelle de l'ordre public — conduire à autoriser l'un des deux anciens conjoints à contracter une nouvelle union si sa loi nationale prohibait le remariage des personnes divorcées. M. Neumayer a donc certainement raison de distinguer la question de savoir si un certain mariage est dissous par l'effet d'une certaine norme catégorique, et la question — qui est par nature régie par une norme hypothétique — de savoir si la bigamie est un motif de nullité du mariage. Mais la conséquence logique de ces prémisses serait le traitement séparé des deux problèmes et la simple articulation des réponses qu'ils comportent. Premier problème : l'union des anciens époux est-elle dissoute, dans le pays du for, par l'effet du jugement de divorce efficace suivant les règles de conflit de juridictions du for ? La réponse est évidemment affirmative. Deuxième problème : étant donné la rupture du lien matrimonial, ainsi irrévocablement admise, une nouvelle union est-elle possible suivant la loi nationale du candidat au remariage ? La réponse est en principe affirmative, à moins que cette loi ne prohibe le remariage des personnes divorcées. Or les auteurs germaniques, et Neumayer en particulier, remettent en cause la réponse à la première question, au nom de la « loi » applicable à la seconde : par peur de faire produire un trop grand effet au jugement de divorce, ils en arrivent à limiter à l'excès sa portée.

Le second grief — l'emploi abusif de la méthode du conflit de lois — est encouru au stade de la *mise en œuvre du procédé* des questions préalables. En effet, en admettant même qu'il soit logique que le for renonce à utiliser ses propres critères d'appréciation de l'efficacité du jugement de divorce, ce qui reste incompréhensible, c'est qu'il fasse appel aux critères du pays désigné par la *règle de conflit de lois* relative aux conditions de fond du mariage. Puisque l'on veut déterminer le pays dont l'*appréciation judiciaire* éventuelle du problème serait déterminante (1), ce n'est pas une règle de conflit de lois qu'il faut appliquer (2) ; la question de la validité du nouveau mariage ne sera pas nécessairement examinée dans le pays de la nationalité du divorcé remarié : pour l'instant, elle l'est dans le pays du for ! (3).

* * *

(1) V. *supra*, n° 200.

(2) On verra (*infra*, n° 213) que la théorie des droits acquis, sous sa forme nouvelle, prescrit également de considérer le point de vue des pays intéressés par la relation sur le *plan législatif* et non judiciaire.

(3) L'article 11 du projet de Convention sur la reconnaissance des divorces et séparations de corps, élaboré au cours de la session de 1968 de la conférence de La Haye, prévoit qu'« un Etat, tenu de reconnaître un divorce par application de la présente Convention, ne peut pas interdire le remariage à l'un ou à l'autre époux au motif que la loi d'un autre Etat ne reconnaît pas ce divorce ». L'article 9 de la Convention sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal, du 8 septembre 1967, élaborée par la Commission internationale de l'état civil, a la même portée.

203. — L'hypothèse que nous avons posée au départ est à présent vérifiée : la distinction du conflit de lois et du conflit de juridictions doit être mise en parallèle avec la distinction des règles et des décisions, et non avec la distinction des lois et des jugements.

Le déplacement de la frontière qui sépare le domaine des deux méthodes permet le traitement, suivant une méthode appropriée à leur nature, de questions de droit auxquelles le droit positif applique la méthode du conflit de lois, bien qu'elles soient régies par des décisions. Ces décisions sont parfois des lois — rappelons, par exemple, les nationalisations, les moratoires — , parfois des actes publics, et parfois, quoique beaucoup plus rarement, des jugements.

Des tendances s'étaient déjà fait jour pour écarter la méthode du conflit de lois à leur propos ; mais c'était, en général, au profit d'une troisième méthode. Notre démonstration maintient au contraire la dualité des méthodes, puisque ce qui échappe à la méthode du conflit de lois entre dans le domaine de la méthode du conflit de juridictions. Elle *confirme* même la dualité : étant donné que les normes sont toutes, soit des règles, soit des décisions, et qu'à chacun de ces types de normes correspond une méthode et une seule, il n'existe et ne peut exister, en tout et pour tout, que deux méthodes. Toute tentative d'introduire une troisième méthode dans le droit international privé nous semble donc être vouée à l'échec, si elle n'est pas qu'une apparence. L'adoption par Niboyet de la méthode du conflit des autorités n'a pas connu de succès (1), parce qu'elle niait l'affinité des jugements et des actes publics, qui sont tous des décisions. La méthode de la délimitation de l'empire des lois dans l'espace, dans la mesure où elle s'applique à une règle, n'est qu'une modalité particulière de la méthode du conflit de lois, et dans la mesure où elle s'applique à une décision, constitue une variante de la méthode du conflit de juridictions.

Si le droit positif décidait de délaisser la méthode du conflit de lois dans les hypothèses où cela s'impose, il se retrouverait donc en pays de connaissance ; la détermination, selon la méthode du conflit de juridictions, des solutions concrètes les plus opportunes ne devrait pas soulever de difficultés.

(1) Si M. F. RIGAUX (*Droit international privé*, p. 45) adopte en principe la division tripartite de Niboyet, il n'en souligne pas moins l'identité des problèmes soulevés par le conflit des autorités et par le conflit de juridictions, et les étudie de front.

DEUXIÈME PARTIE

**LA DISTINCTION
DES RÈGLES ET DES DÉCISIONS
ET LA RECHERCHE
DE SOLUTIONS CONCRÈTES**

204. — Le fait que le domaine respectif de la méthode du conflit de lois et de la méthode du conflit de juridictions doit être modifié pour tenir compte de la structure des normes mises en cause dans le problème de droit international privé pourrait fort bien être dénué de toute conséquence pratique. Rien ne nous permet en effet pour l'instant de dire que les circonstances de rattachement (1) doivent être différentes selon qu'un problème est analysé comme un problème de conflit de lois ou comme un problème de conflit de juridictions. Si l'on décide ainsi de considérer comme efficaces, par exemple, les seuls divorces législatifs prononcés par l'Etat de la nationalité des époux (si elle leur est commune), on ouvre la voie à des solutions identiques à celles auxquelles conduit l'application de la règle de conflit posée par l'article 3, alinéa 3 du Code civil. De même, si on ne donne effet qu'aux nationalisations ordonnées par un Etat relativement aux biens situés sur son territoire ou aux créances soumises à sa loi, on est bien proche du droit positif, qui considère que la loi applicable aux nationalisations est celle du lieu de situation de la chose ou celle qui régit la créance. Mais nous allons voir (chapitre IV) que le changement de méthode ne peut pas s'accompagner d'une simple transposition des circonstances de rattachement : la structure des normes exerce en effet une influence non seulement sur le choix de la méthode, mais aussi sur la solution concrète des problèmes de droit international privé. Il s'ensuivra la nécessité pour le droit positif de modifier ses solutions dans certaines matières : nous en montrerons quelques exemples (chapitre V).

(1) Nous avons adopté ce terme pour désigner aussi bien le lien qui unit une question de droit au pays dont la *règle* devra être appliquée que le lien qui unit une *décision* au pays dont elle doit émaner pour être efficace (v. *supra*, n° 122 et n° 137).

CHAPITRE IV

STRUCTURE DE LA NORME SUBSTANTIELLE ET PRINCIPES D'ÉLABORATION DE LA NORME DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

205. — Notre intention n'est pas de réduire les motifs de choix des circonstances de rattachement à deux grands principes, dont l'un serait valable en matière de conflit de lois et l'autre en matière de conflit de juridictions. Une telle opposition serait séduisante, mais contraire à la réalité : chaque norme de droit international privé est établie à la suite de la prise en considération de multiples facteurs particuliers à la matière qu'elle réglemente, et dans lesquels la structure des normes substantielles visées ne joue aucun rôle.

Mais à côté ou au-dessus de ces facteurs existent également des principes généraux, qui interviennent dans l'élaboration de toutes les normes de droit international privé ; leur *incidence* peut être différente suivant que la norme dont l'applicabilité est en cause est une règle ou une décision. Ces principes sont ceux qui expliquent le phénomène même de l'application de normes étrangères.

Or le fondement de la nécessité pour le juge de prendre en considération des normes étrangères est double. D'une part, en appliquant exclusivement la loi du for, on compromettrait gravement une des fins essentielles du droit, la *sécurité*. Il serait inadmissible, notait Pillet (1), « qu'en passant d'un Etat dans un autre un homme perde les qualités d'enfant légitime, d'époux, de père de famille qu'il avait régulièrement acquises » (2). D'autre part, l'application systématique de la loi du for serait également inopportune, en raison du respect que l'on doit à l'*autorité* exprimée dans la norme étrangère.

(1) *Principes de droit international privé*, p. 514.

(2) Des remarques analogues se retrouvent dans l'œuvre de nombreux internationalistes. V., p. ex., VAREILLES-SOMMIÈRES, *Synthèse du droit international privé*, I, 40 ; FRAGISTAS, *Cours Acad. Droit internat.*, 1961, *Rec.*, t. 104, p. 183 ; RABEL, *Conflict of Laws*, I, 1945, p. 90 ; Ph. FRANCESCAKIS, *Le Renvoi*, n° 199 ; AL-BASSAM, *Etude sur le problème du respect des droits acquis en droit international privé*, p. 16 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9^e éd., n° 385.

Ce fondement, qui peut paraître plus contestable que le précédent, est le seul cependant qui puisse expliquer que le juge applique la loi étrangère dans des hypothèses où les parties, ayant omis d'en respecter les dispositions, voient remettre en cause ce qu'elles avaient considéré comme certain (1).

206. — Le double respect des prévisions légitimes des parties et de l'autorité exprimée dans la norme étrangère explique le fait que le juge n'applique pas toujours la loi du for. Mais ces raisons sont trop vagues pour permettre de déterminer *quelles normes étrangères* il doit appliquer.

Il faut distinguer cependant suivant que la norme en cause est une règle ou une décision. Nous allons montrer, en envisageant tour à tour chacun des deux fondements de l'application des normes étrangères, que, tandis que la solution des conflits de lois n'est normalement influencée ni par l'un ni par l'autre, ils interviennent en revanche tous deux, de façon parfois décisive, dans la solution des conflits de juridictions.

SECTION I

LE PRINCIPE DU RESPECT DES LÉGITIMES PRÉVISIONS DES PARTIES.

207. — Le respect des légitimes prévisions des parties ne peut qu'exceptionnellement dicter la solution des problèmes de conflit de lois ; mais il intervient normalement dans la recherche de la solution des problèmes de conflit de juridictions.

§ 1. — Caractère exceptionnel de l'influence du principe sur la solution des problèmes de conflit de lois.

208. — Il est en général impossible de déduire du principe du respect des légitimes prévisions des parties la solution des problèmes de conflit de lois ; cela n'est concevable que dans une hypothèse précise et exceptionnelle.

(1) L'application de la norme n'est pas *imposée* au juge du for par l'autorité dont elle est revêtue. Mais le juge peut en *constater* l'existence et chercher à faire respecter la norme par ceux auxquels elle s'adresse, parce qu'il lui semble qu'elle les vise légitimement.

A. — ABSENCE NORMALE D'INFLUENCE DU PRINCIPE.

209. — Normalement, le principe du respect des prévisions légitimes des parties est soit inutile, soit inutilisable pour déterminer quelle règle doit être appliquée à la question de droit posée.

Il est inutile lorsque la question de droit n'est pas intrinsèquement internationale. Il est certain que deux Polonais mariés en Pologne et installés en Pologne pendant plusieurs années à la suite de leur mariage sont légitimement persuadés que leur régime matrimonial est celui que prévoit le droit polonais. Il serait possible de poser en principe que les situations de ce genre doivent être soumises à la loi du pays qui à l'origine était le seul concerné. Mais cela est inutile car, ainsi que l'observe M. Francescakis, « on ne voit pas comment la règle de conflit du for eût pu, au moment où cette situation s'est créée, désigner une autre loi » (1).

Lorsqu'au contraire la question de droit est intrinsèquement internationale, le principe du respect des prévisions des parties serait utile, mais il est impossible à mettre en œuvre. Par hypothèse, plusieurs législations peuvent être prises en considération. Chacune contient une règle applicable au problème. Il n'est guère facile de savoir quelle est celle à laquelle les parties — éventuellement les tiers intéressés — ont songé. Certes, s'il en était une dont le lien avec la question-type paraissait déterminant, on aurait en la rendant applicable le maximum de chances de ne pas aller à l'encontre des prévisions des intéressés. Mais la diversité des systèmes de droit international privé à travers le monde prouve que plusieurs rattachements sont en général susceptibles de paraître raisonnables. De plus, dans les rares cas où un rattachement s'impose (le lieu de l'immeuble en matière de contenu des droits réels, par exemple), sa valeur ne dérive pas de ce qu'il correspond aux prévisions des parties ; c'est au contraire parce qu'il est raisonnable que les parties ont pu songer à lui. Le principe du respect des prévisions des parties ne permet donc pas de déterminer le meilleur rattachement. Aucun principe général ne vient dispenser le législateur, la jurisprudence ou la doctrine, de rechercher pour chaque type de questions de droit les motifs, appropriés à sa nature spécifique, qui militent en faveur de tel ou tel rattachement.

(1) *Le Renvoi*, p. 192, n° 201. Dans le même sens, H. BATIFFOL, *Le respect international des droits acquis*, Cours I.H.E.I., 1968-69, p. 43. La question s'est posée devant la Cour de Paris. Dans un arrêt du 2 juillet 1954 (R., 1954.810, note H. Batiffol ; J., 1955.132, note Ponsard), celle-ci a déclaré que « les rapports patrimoniaux des époux Lamet, lors de leur mariage, c'est-à-dire à l'époque même où a été fixé leur régime matrimonial, comme d'ailleurs pendant les premières années de leur vie conjugale, ne comportaient aucun élément de caractère international et se situaient exclusivement sur le plan du droit polonais interne ». Toutefois la Cour de Paris ne cherchait pas par là à justifier un refus d'appliquer la règle française de conflit ; elle répondait seulement à un argument du mari qui invoquait l'autonomie de la volonté pour faire échec à une loi polonaise postérieure au mariage et modifiant le régime matrimonial légal.

210. — Le désir de ne pas remettre en question ce que les individus ont pu considérer comme certain a pourtant incité de nombreux auteurs à voir dans le *respect des droits acquis* un principe autonome suffisant à fournir au juge, dans de très nombreuses hypothèses, la solution du problème de droit international privé. Dès lors, dit-on, qu'un droit a été valablement acquis à l'étranger, le juge ne peut plus en faire abstraction. Son rôle ne consiste d'ailleurs pas en l'occurrence à appliquer une loi quelconque ; il se borne à la constatation de l'existence du droit, qui peut être assimilée à celle d'un *fait* (1).

Il a été depuis longtemps démontré qu'on ne pouvait négliger ainsi la pluralité des lois en présence, qui caractérise précisément le problème du conflit de lois. Si variées que soient les démonstrations, elles se ramènent toujours à la remarque fondamentale de Savigny : « pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous devons juger de leur acquisition » (2).

211. — La théorie des droits acquis a cependant connu récemment en France un regain d'actualité dans une hypothèse particulière : celle des situations « qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets, alors qu'elles ne présentaient aucune attache quelconque avec le for » (3). Dans une autre version, plus large, il suffit que les situations aient été acquises « alors qu'elles ne présentaient [à l'origine] aucune attache avec

(1) En ce sens ULRICH HUBER, *Praelectiones juris romani*, éd. de Leipzig, 1707, Paris, H.L.I., t. 2 et 3, p. 23 et s. ; H. E. HOLLAND, *Elements of jurisprudence*, p. 317 ; JITTA, *La méthode du droit international privé*, p. 207 et s. ; VAREILLES-SOMMIÈRES, *La synthèse du droit international privé* ; « La quintessence du droit international privé », J., 1904, p. 769 ; 1906, p. 647 et p. 1064 ; 1907, p. 56 ; A. DICEY, *Digest of the law of England with reference to the conflicts of laws*, 5^e éd., par A. Berrediale-Keith ; PILLET, *Principes du droit international privé*, 4^e partie, § 273 et s. ; « Un point de la doctrine de Dicey », R., 1923.345 ; *Traité pratique de droit international privé*, t. 1, § 44 et s. ; NIBOYET, « La théorie générale des droits acquis », *Cours Acad. Droit internat.*, 1925, *Rec.*, t. 8, p. 489 et s. ; *Traité*, t. III, n° 936 et s. ; J. VALÉRY, *Manuel de droit international privé*, n°s 371 et 382 ; BEALE, *A treatise on the conflict of laws*, t. II, p. 652 ; *Cases on the conflicts of laws, Summary*, t. III, § 17 et s. ; HALSBURY, *Laws of England*, 2^e éd., vol. IV, *Conflicts of laws*, p. 236 ; E. G. LORENZEN, « Territoriality, public policy and the conflict of laws », *Yale Law Journal*, mai 1924, vol. 33, p. 736.

(2) *Traité de Droit Romain*, t. 8, n° 361, 5. V. aussi ARMINJON, « La notion des droits acquis en droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1933, *Rec.*, t. 44, p. 3 et s. ; MAURY, « Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1936, *Rec.*, t. 57, p. 379-380 ; AL-BASSAM, *Etude sur le problème du respect des droits acquis en droit international privé*, thèse, Paris, 1956 ; H. BATIFFOL, *Cours I.H.E.I.*, 1968-69, précité.

(3) Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, R., 1967.101, note P. Lagarde ; J., 1966.118, note Goldman.

le système du for» (1) ou du moins « qu'elles n'aient présenté *tout au long de leur développement* aucune attache avec l'ordre juridique du for» (2) (3). Si cette condition était remplie, « il suffirait que le système dans lequel [la situation] s'est effectivement constituée, la reconnaisse pour que sa légalité s'impose au système du for» (4).

Une application intéressante de cette théorie a été faite par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 19 mars 1965 dans l'affaire de la *Banque Ottomane* (5). Deux actionnaires de cette Société turque demandaient l'annulation des résolutions votées de 1953 à 1960 par l'Assemblée générale, alléguant qu'elles avaient été prises en violation de la loi française, compétente selon eux en vertu du droit international privé français. Bien qu'elle eût pu se contenter de relever que la loi compétente était en réalité la loi turque de la nationalité de la Société, la Cour a préféré, pour valider les résolutions, affirmer que « le système de conflit du for n'a pas à intervenir à l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets alors qu'elles ne présentaient aucune attache quelconque avec le for » (6).

Ces affirmations ne nous paraissent pas convaincantes. La décision de reconnaître la légalité des *situations qui se sont constituées dans un système* qui les tient pour valables donne naissance à un programme irréalisable, *parce qu'une situation ne se constitue nulle part*. Une situation juridique résulte de l'application d'une règle à un fait. Le fait peut être localisé, du moins dans certains cas (7), mais non l'application. Celle-ci est une simple opération intellectuelle, ou, plus précisément, une opération *de nature* intellectuelle. Le résultat de l'application existe idéalement, *sans même que* personne procède à l'opération, en vertu d'un schéma logique préexistant (la relation qu'a posée la règle), dans lequel entre l'acte : de même, sept et trois font dix, même si personne n'effectue le calcul. Dès lors que l'acte est accompli, il se crée autant de situations

(1) Ph. FRANCESKAKIS, *Le Renvoi*, n° 199 et s. Dans le même sens GRAULICH, *Principes de droit international privé, conflits de lois, conflits de juridictions*, Paris, 1961, n° 233 ; MAKAROV, « Les cas d'application des règles de conflit étrangères », R., 1955, p. 443.

(2) Ph. FRANCESKAKIS, R., 1954.568.

(3) Sur cette doctrine, v. outre les auteurs cités aux notes précédentes, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 322 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et Y. LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9^e éd., n° 382 et s. ; WENGLER R., 1966.165 ; RIGAUX, « Le conflit mobile en droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1966, *Rec.*, t. 117, p. 423 et s.

(4) Ph. FRANCESKAKIS, *Le Renvoi*, n° 199. Comp. P. LAGARDE, note préc., p. 106 : « La situation existe par elle-même... dès lors que le système juridique où elle s'est constituée la reconnaît valable ».

(5) R., 1967.85, note P. Lagarde ; J., 1966.132, note Goldman.

(6) On reconnaît, presque textuellement, la formule précitée de M. Francescakis.

(7) Pas dans tous. L'arrivée d'un individu à l'âge de vingt et un ans, par exemple, qui, suivant certains droits, lui confère une pleine capacité d'exercice, n'est pas un événement localisable.

juridiques qu'il existe de règles différentes qui le prennent en considération dans leur présupposé. Et ces situations juridiques sont des entités abstraites, qui n'occupent aucune position dans l'espace (1).

Lorsque l'on parle du lieu où une situation s'est créée, c'est donc en réalité un rattachement abstrait entre la situation et un ordre juridique que l'on mentionne (2). Et, quoiqu'on s'en défende, rattacher de façon privilégiée une situation à un ordre juridique, c'est élaborer une règle de conflit de lois. Ainsi, lorsque l'on considère l'acte comme valable sous prétexte qu'il l'est selon les règles du pays où il a été accompli, on ne fait rien d'autre qu'appliquer la règle *locus regit actum*. Or il n'y a aucune raison de privilégier ainsi le rattachement de la question de la validité d'un acte à la loi du lieu de sa passation (3). Cela fait plusieurs siècles que les juristes ont remarqué que ce lieu pouvait être accidentel, et que les parties, bien souvent, ne prévoient nullement que les prescriptions du pays où elles contractent vont régir leurs conventions (4); aucun élément nouveau n'a altéré l'exactitude de cette constatation (5). Il est vrai que le point de vue que nous examinons n'aboutit à appliquer la règle *locus regit actum* qu'à titre subsidiaire, dans la seule hypothèse où la situation n'a présenté, ni à l'origine ni par la suite, un rapport quelconque avec le pays du for (6). Mais nous ne voyons pas ce que cette circonstance peut changer au problème. Il s'agit de déterminer le pays avec lequel la question de droit a les rapports les plus étroits : or le fait qu'elle *n'ait aucun rapport* avec un certain pays (celui du for) n'exerce aucune influence sur la force relative des liens qu'elle présente *effectivement* avec divers pays.

La même considération d'absence de lien de la situation avec le pays du for a été mise en avant dans une autre hypothèse, plus précise

(1) En ce sens MORELLI, « Limiti dell' ordinamento e limiti della giurisdizione », *Riv. di dir. int.*, 1933, p. 382 : « Si une règle considère un fait comme producteur de conséquences juridiques, la relation établie par la règle, entre le fait qu'elle considère et la valeur qu'elle y attache, existe en tant qu'entité purement idéale, sans aucune possibilité d'être située dans un certain endroit ou dans une certaine partie de l'espace ».

(2) En ce sens WENGLER, « La situation des droits », R., 1957.185, R., 1957.409. Pour M. Wengler, un droit est situé dans tous les pays qui sont disposés à le reconnaître ou à le protéger, et en mesure de le faire.

(3) M. TORSTEN GIHL (« Lois politiques et droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1953, *Rec.*, t. 83, p. 198) explique ainsi cette attitude : « Comme les effets de la *lex loci* se produisent apparemment sans qu'aucune intervention humaine soit nécessaire, par le seul fait qu'un acte ou un fait se produit dans l'endroit où elle est en vigueur, il apparaît que la *lex loci* a une sorte de vertu magique, par laquelle elle donne une valeur juridique déterminée à tout ce qui se fait dans son domaine territorial ».

(4) V. sur la position de Dumoulin et de Boullenois, H. BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, p. 23 et s.

(5) C'est essentiellement pour ce motif que M. Batiffol (*Cours I.H.E.I.*, 1968-69, p. 34 et s.) critique l'arrêt *Banque Ottomane*.

(6) Cette solution a été implicitement adoptée par l'arrêt *Banque Ottomane* et par un arrêt de la Cour de Rabat du 24 octobre 1950 (R., 1952.89) ; elle est admise par M. Lagarde (note précitée, p. 107) et mentionnée comme une possibilité par M. Francescakis (*Le Renvoi*, n° 207).

encore, où la notion de respect des prévisions des parties peut, à titre exceptionnel, intervenir.

B. — INFLUENCE EXCEPTIONNELLE DU PRINCIPE.

212. — Une possibilité exceptionnelle de mettre en œuvre le principe du respect des légitimes prévisions des parties apparaît lorsque les normes de conflit des divers Etats intéressés concordent : dans ce cas il est très vraisemblable que les parties ont envisagé l'application de la règle substantielle désignée par ces normes (1).

Sur le plan technique, cette solution peut se justifier de plusieurs manières. On peut faire appel au renvoi au second degré : le « rocher de bronze » de Raape (2) en constitue une application particulière. On peut aussi invoquer, comme le fait M. Francescakis (3), la théorie des droits acquis. Il nous paraît préférable d'y voir une application du principe fondamental du respect des prévisions légitimes des parties dans un cas où ce principe est à la fois utile et utilisable (4). Dans leur interrogation sur la règle qui s'applique à leurs rapports, les parties disposent parfois d'un élément précieux : la règle de conflit du pays où le litige, s'il surgit, sera plaidé. Certes, ce pays n'est pas toujours connu. Mais si les règles de conflit de tous les Etats auxquelles on peut raisonnablement songer concordent dans leurs solutions, la règle applicable pourra en être déduite avec une quasi-certitude à laquelle il convient de ne pas faire échec même si, par un accident imprévisible, c'est la juridiction d'un Etat tiers qui est finalement saisie.

(1) L'article 21 du Projet Benelux de loi uniforme relative au droit international privé, inspiré par l'étude de Meijers, « La question du renvoi » (*Bull. Institut Internat.*, avr. 1938, p. 191), contient une solution voisine : « Lorsqu'un rapport juridique est né ou s'est éteint hors des Pays-Bas, de Belgique, du Luxembourg, conformément à la loi applicable suivant le droit international privé des pays que ce rapport juridique concernait essentiellement au moment de sa naissance ou de son extinction, cette naissance ou cette extinction sont également reconnues aux Pays-Bas, en Belgique, au Luxembourg, même par dérogation à la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi ». L'article 11 du même projet fait une application de ce principe général : « Dans tous les cas où les articles précédents renvoient à la loi nationale d'une personne, cette loi est remplacée par la loi du domicile : ... Lorsqu'un étranger a son domicile hors de son pays et hors des Pays-Bas, de Belgique, du Luxembourg, et que les règles de droit international privé, tant de sa loi nationale que de la loi de son domicile, rendent applicable cette dernière loi ». Pour une généralisation de cette solution, avec quelques nuances, v. notamment Ph. FRANCESCAKIS, *R.*, 1952.94 ; *Le Renvoi*, n° 205 ; M. MAKAROV (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. 55, 1944, p. 242 et s. ; *R.*, 1955, p. 445) déclare se contenter de la concordance des règles de conflit d'une « majorité prépondérante » des pays intéressés.

(2) Cf. « Les problèmes d'application des règles de conflit », *Cours Acad. Droit internat.*, 1934, *Rec.*, t. 50, p. 413 et s.

(3) *Le Renvoi*, nos 149, p. 152 et 203, p. 194.

(4) Le respect des prévisions des parties est d'ailleurs mentionné comme un impératif essentiel, tant par M. FRANCESCAKIS (*Le Renvoi*, n° 199) que par M. MAKAROV (*R.*, 1955.445).

213. — Ainsi envisagée, cette exception au jeu normal de la règle de conflit du for demande à être organisée d'une façon différente de celle que préconisent ses partisans.

1° Les Etats dont les règles de conflit doivent être consultées ne sont pas ceux avec lesquels la relation présente des liens *quant à son régime*, c'est-à-dire des liens susceptibles de motiver l'application des règles substantielles (c'est à de tels liens qu'ont visiblement pensé les rédacteurs de l'article 11 du Projet Benelux, en retenant l'Etat de la nationalité et celui du domicile pour résoudre la question de la capacité). Ce sont ceux dont les parties ont pu penser qu'ils seraient saisis *sur le plan judiciaire*. Imaginons que dès l'origine des rapports entre un débiteur et un créancier, le premier ait eu, à la connaissance du second, des biens saisissables dans le pays I, susceptible d'admettre la compétence de ses tribunaux pour ce seul motif, et dont la règle de conflit diffère de la règle de conflit commune aux deux seuls pays II et III, concernés par la question du régime de la créance. Dans ce cas l'opportunité pour le juge saisi (supposé être celui d'un pays IV) d'appliquer la règle de conflit des Etats II et III n'est pas évidente. Le créancier a pu tabler sur la saisine du juge du pays I et sur l'application de la règle de conflit de celui-ci. Il faudrait supposer, pour décider le contraire, que le pays I lui-même était prêt à céder devant la concordance des règles de conflit des pays II et III. Ainsi, la solution proposée n'est satisfaisante dans tous les cas que si elle est répandue dans tous les pays. Ce n'est pas là un avantage pour une règle dont l'existence se fonde sur la constatation de la divergence des divers systèmes de droit international privé dans le monde.

Inversement, il peut être opportun d'écarter la règle de conflit normale du for alors même que les règles de conflit de tous les Etats intéressés par la relation ne concorderaient pas. Supposons que deux individus domiciliés dans un pays I signent dans un pays II un contrat qui doit s'exécuter dans un pays III. Les règles de conflit des pays I et III (dont les juges sont compétents) déclarent compétente la loi du pays III, tandis que la règle de conflit du pays II (dont les juges ne sont pas compétents) désigne la règle du pays II.

N'est-il pas raisonnable que le juge du pays IV, saisi par accident, délaisse sa règle de conflit, même si elle coïncide avec celle du pays II, pour appliquer la règle de conflit commune des pays I et III, qui est la seule à laquelle les parties aient pu songer ?

Les auteurs qui s'attachent à la concordance des règles de conflit des Etats intéressés par la situation sur le plan législatif raisonnent en réalité comme il serait logique de le faire si les règles en présence étaient non des règles de conflit mais des règles substantielles (1).

(1) Certains auteurs vont jusqu'à préconiser qu'une règle de rattachement désigne la règle de conflit applicable ; il s'agit normalement de la règle *locus regit actum*. V. GRAULICH (*op. cit.*, *loc. cit.*), qui approuve la Cour de Rabat d'avoir, dans l'arrêt précité du 24 octobre 1950 (R., 1952.89), apprécié le régime

Celles-ci régissent directement les situations : il est normal que l'on prenne en considération le lien entre ce qui régit et ce qui est régi. Mais les règles de conflit sont adressées aux tribunaux de l'Etat qui les pose puisqu'elles ont pour rôle de leur imposer l'application des règles substantielles, nationales ou étrangères (1); c'est donc la probabilité de la saisine de ces tribunaux qui peut seule être éventuellement prise en considération.

214. — 2° Il est illogique et inutile d'exiger que la situation n'ait eu à l'origine (ni, *a fortiori*, par la suite) aucun rapport avec le pays du for.

Cette exigence est le reflet de l'idée que la vocation de la règle de conflit du for à désigner la loi applicable est amoindrie lorsque le for n'était pas à l'origine concerné par la relation. Mais si cela était vrai pour la règle de conflit à la première puissance, cela devrait l'être aussi, par identité de motifs, pour la règle de conflit à la deuxième puissance (nous appelons ainsi, à l'imitation de Meijers (2), la règle qui renvoie à la règle de conflit commune aux Etats intéressés). Il est donc illogique de remettre en cause l'applicabilité de la règle de conflit à la première puissance du for au nom d'une règle de conflit à la deuxième puissance dont l'applicabilité est entachée du même doute. Le contenu de la règle de conflit à la deuxième puissance proposée mène à un cercle vicieux.

La notion même de règle de conflit à la deuxième puissance est d'ailleurs critiquable, en ce qu'elle suppose un conflit de règles de conflit. L'existence d'un tel conflit conduirait à une *regressio in infinitum* : la règle de conflit à la deuxième puissance entrerait en conflit avec les autres règles de conflit à la deuxième puissance en présence ; ce conflit devrait être réglé par une règle de conflit à la troisième puissance, qui, elle-même entrerait en conflit avec les autres, etc. (chose curieuse, Meijers, qui avait envisagé la nécessité d'une règle de conflit à la troisième puissance, n'avait pas poussé le raisonnement plus loin ; en revanche, l'argument tiré de la *regressio in infinitum* a été vu par M. P. Hébraud (3).

En réalité, les règles de droit international privé n'entrent pas en conflit entre elles. C'est toujours la règle de droit international privé du for que le juge applique. Même s'il doit *prendre en considération* celle d'un autre pays, ce ne peut être que sur l'ordre de son législateur ;

matrimonial de deux époux suivant la loi française qui se trouvait être la loi désignée par la règle de conflit française du lieu de célébration du mariage. *Contra* : Ph. FRANCESCAKIS, R., 1952.89 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 322.

(1) V. *supra*, n° 113.

(2) *Op. cit.*, *loc. cit.* C'est dans un sens légèrement différent que M. I. SZASZY (« Private international law in socialist countries », *Cours Acad. Droit internat.*, 1964, *Rec.*, t. 111, p. 163) emploie la même expression, ainsi que celles de règle de conflit à la troisième, quatrième, cinquième puissance.

(3) « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », R., 1968.242.

la volonté de celui-ci est la seule qu'il doive consulter, puisque l'élément impératif des normes étrangères de droit international privé ne lui est pas opposable. Seulement la règle de conflit du for peut désigner, de façon dérogatoire à la solution normale et seulement dans des hypothèses limitées, « la loi substantielle sur l'application de laquelle les intéressés pouvaient compter » ou, ce qui revient au même, « la loi substantielle qu'auraient tous désignée s'ils avaient été saisis à l'origine les tribunaux qui avaient alors compétence ».

Illogique, l'exigence d'absence de lien de la relation avec le pays du for est de surcroît inutile ; les solutions ne diffèrent pas si on ne l'impose pas. Il faut de toute façon, dans le cas où le pays du for est l'un des pays concernés à l'origine, appliquer sa règle de conflit normale (« à la première puissance ») : soit, si elle concorde avec les autres, en tant que règle commune, soit, si elle ne concorde pas, en tant que règle du for parce que la condition de concordance des règles de *tous* les pays concernés n'est pas remplie.

§ 2. — Caractère normal de l'influence du principe sur la solution des problèmes de conflit de juridictions.

215. — Dépourvu, sauf dans une hypothèse exceptionnelle, d'influence sur la solution des problèmes de conflit de lois, le principe du respect des prévisions légitimes des parties joue en revanche un rôle capital en matière de conflit de juridictions. La raison de cette divergence est simple : alors qu'il existe une règle *par législation* sur une question donnée, il n'existe normalement qu'une décision *en tout et pour tout* sur une question donnée. Les individus ne peuvent donc hésiter sur la norme applicable.

Pour tenir compte, dans l'élaboration de la norme de droit international privé, de l'incidence psychologique probable des décisions sur les individus intéressés, il convient de négliger l'hypothèse où ces individus consulteraient ladite règle. En effet, quel que soit alors son contenu, elle ne risquerait pas de conduire le juge à déjouer les prévisions des intéressés, qui seraient fondées sur elle. C'est seulement en vue des cas où les particuliers ne consultent pas la règle qu'il faut orienter la recherche du contenu de celle-ci.

Or, dans ces cas, il est extrêmement probable que les intéressés considèrent la décision comme une norme s'imposant à eux sans doute possible. De deux choses l'une : ou bien l'Etat de qui émane la décision est en mesure d'en assurer l'exécution, au besoin par une coercition sur la personne ou sur les biens des récalcitrants : il est alors évident pour les intéressés que l'existence de cette norme ne peut être négligée ; ou bien l'exécution forcée ne peut intervenir qu'avec le concours d'un Etat tiers : mais puisque, dans l'hypothèse où nous nous sommes placés, les intéressés ne consultent pas la règle

de droit international privé de cet Etat, c'est qu'ils n'ont conçu aucun doute sur l'efficacité de la décision (1).

En pratique d'ailleurs, c'est la première hypothèse qui se réalisera le plus fréquemment. Lorsqu'un organe étatique prend une décision, soit de son propre chef, soit à l'initiative d'une partie, c'est en général relativement à des personnes à l'encontre ou en faveur desquelles il dispose d'un certain pouvoir de fait.

216. — Lorsqu'en raison de ce pouvoir de fait, les intéressés ont conformé leur comportement à la décision, la remise en cause dans un pays tiers de l'état de droit qu'ils ont tenu pour vrai peut entraîner des conséquences particulièrement fâcheuses. Supposons qu'un individu (X) ait été condamné par un tribunal à une prestation quelconque envers un autre individu (Y), et qu'il l'ait exécutée. Si un autre pays, dans lequel Y possède des biens, se refuse à tenir compte de la décision, X peut intenter avec succès devant ses tribunaux une action en répétition de l'indû. Rien n'empêche alors Y de saisir à nouveau les premiers juges, ou peut-être même ceux d'un pays tiers, et ainsi de suite... Incontestablement, le va-et-vient perpétuel ainsi instauré n'est pas heureux sur le plan pratique (2).

La situation est pire encore si les juges saisis après le prononcé de la première décision reconnaissent l'existence de la dette, mais estiment qu'un tiers, Z, en est le créancier. X doit alors payer deux fois : il a déjà exécuté sa prestation envers Y, il doit maintenant recommencer à l'égard de Z. C'est ce qui se produit lorsqu'un tribunal se refuse à tenir compte d'une mesure étrangère de nationalisation de créance (3), ou d'une déchéance de droit d'associé prononcée par un Etat étranger (4).

(1) A moins que, ayant conçu ce doute, ils ne soient dans l'impossibilité de déterminer le pays dans lequel l'exécution forcée pourra être demandée, en raison, par exemple, de la répartition des biens saisissables de l'éventuel récalcitrant entre plusieurs pays dont les tribunaux sont également compétents. Soit une décision émanant du pays I, et rendant X débiteur de Y. Pour que les parties, X et Y, soient contraintes à l'incertitude quant à l'efficacité de cette décision, il faut supposer :

1° que X n'a aucun bien saisissable dans le pays I ;

2° qu'il a des biens saisissables dans les pays II et III ;

3° que les tribunaux du pays II et du pays III sont également compétents (d'après leurs propres règles) pour ordonner (ou refuser d'ordonner) l'exécution de la décision ;

4° que les règles de compétence internationale indirecte des pays II et III sont contradictoires.

Un tel concours de circonstances ne se rencontrera pas fréquemment.

(2) Cf. Ph. FRANCESKAKIS, R., 1954.552.

(3) Cf. H. BATIFFOL, *La propriété privée*, Cours I.H.E.L., 1967-68, p. 196.

(4) Lorsque la Cour d'appel de Paris, dans ses quatre arrêts du 21 décembre 1962 condamnait la Société Royal Dutch à délivrer aux réclamants (associés évincés par les arrêtés royaux) les titres mêmes qu'elle avait déjà délivrés à l'Etat néerlandais, elle la mettait dans une situation qui pouvait théoriquement la conduire à la ruine (Cf. Ph. FRANCESKAKIS, note sous Civ., 25 janv. 1966, cassant les arrêts de la Cour de Paris, R., 1966, p. 258).

217. — En dépit des différences essentielles qui séparent les droits acquis à l'étranger en vertu d'une *décision* des droits acquis en vertu d'une *règle* étrangère, les premiers ne sont pas en général distingués des seconds. Mais ils ne sont pas pour autant ignorés des partisans de la théorie des droits acquis. Il nous semble même probable que leur existence a puissamment contribué au succès de celle-ci et à sa renaissance actuelle en France. De nombreux exemples invoqués à son soutien doivent en effet leur pouvoir de conviction au fait que le droit « acquis » résulte de l'intervention d'une décision. Niboyet notamment (1) « paraît limiter ses exemples de « droits définitivement constitués » aux droits subjectifs déjà coulés dans une décision judiciaire étrangère » (2); M. Makarov, sur trois exemples qu'il cite, en choisit deux dans la matière de l'effet des jugements (3); il arrive à M. Francescakis, dans les développements qu'il consacre aux « situations acquises à l'étranger », de raisonner exclusivement sur l'exemple d'un divorce prononcé en contrariété avec la loi désignée par la règle de conflit du for (4); plusieurs auteurs (5) invoquent l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 7 juillet 1954 dans l'affaire *Patiño*, où une convention avait été exécutée conformément à une décision judiciaire étrangère (6).

218. — Les raisons pour lesquelles le respect des droits acquis en vertu d'une décision n'a pas été érigé en principe sont complexes. Il est certes dans la logique de la théorie des droits acquis de minimiser le rôle de la norme dans la création du droit; les auteurs anglo-saxons ont d'ailleurs adopté la théorie comme un corollaire du postulat de l'inapplicabilité des normes étrangères (7).

Dans cette optique, peu importe que la norme soit une règle ou une décision.

Mais dans sa version nouvelle, la théorie des droits acquis ne prétend plus reconnaître un droit sans le déduire d'une norme. Un autre facteur a donc joué; il s'agit, pensons-nous, de l'*insuffisante prise en considération de la valeur normative propre de la décision*. Nous nous proposons de le mettre en lumière dans les commentaires

(1) *Traité*, t. III, p. 284 et s.

(2) RIGAUX, « Le conflit mobile en droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1966, *Rec.*, t. 117, p. 422, note 10.

(3) R., 1955, p. 443. Il s'agit de Trib. civ. Seine, 18 nov. 1901 (J., 1902.103 : reconnaissance du divorce de deux Italiens prononcé à Hambourg sur le fondement du principe domiciliaire) et de Trib. civ. Seine, 11 juill. 1918 (J., 1919.286 : reconnaissance du divorce de deux Argentins prononcé à New York en application de la loi du for).

(4) V. notamment *Rép. Dalloz Droit internat.*, V° *Conflits de lois*, n° 367 et s.

(5) M. FRANCESCAKIS (dans sa note sous l'arrêt, R., 1954.552), M. P. LAGARDE (R., 1967.101) et M. GRAULICH (*op. cit.*, *loc. cit.*) notamment. En revanche M. RIGAUX (*op. cit.*, p. 424, note 14) estime que cette affaire ne relève pas de la branche des conflits de lois.

(6) R., 1954.552.

(7) V. HALSBURY, *Laws of England*, 2° éd., V, 6; HOLLAND, *Elements of jurisprudence*, 2° éd., p. 317 et la note.

consacrés à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Patiño* (1).

Rappelons les faits qui étaient à l'origine de cette décision. Le 10 juillet 1944 était intervenue à New York, entre les époux Patiño, tous deux de nationalité bolivienne, une convention aux termes de laquelle — entre autres obligations — la femme devait se désister d'une demande en divorce pendante devant la justice de l'Etat de New York, et le mari s'engageait à verser à la femme une somme d'un million de dollars. A la suite des réticences manifestées par M. Patiño pour le paiement de la dernière échéance de sa dette, la Cour de New York fut saisie et le condamna, en application du droit new yorkais rendu compétent par la règle new yorkaise de conflit, à s'exécuter ; le paiement du solde intervint effectivement en 1948. Plus de quatre années plus tard, les époux se trouvant domiciliés à Paris, M. Patiño demanda aux tribunaux français de condamner son épouse à lui restituer la totalité de la somme versée. Il invoquait le fait que la loi bolivienne, loi nationale commune des deux époux, annule les conventions du genre de celle qu'il avait signée à New York. En première instance le Tribunal civil de la Seine lui donna gain de cause au motif qu'« en droit bolivien est radicalement nul tout acte qui consacrerait une transaction sur des affaires concernant l'état des personnes, ou tendrait à modifier les clauses d'un contrat de mariage ».

La Cour d'appel de Paris analyse différemment la convention. Pour elle, la promesse faite par M. Patiño de payer un million de dollars est sans lien nécessaire avec les autres dispositions de l'accord et constitue « une transaction sur le montant d'une créance indemnitaire née du préjudice éprouvé par la dame Patiño du fait de son infidélité ». En conséquence, c'est la loi de l'Etat de New York (sur le territoire duquel « le dommage a été causé et subi ») qui s'applique : cette loi validant la convention, M. Patiño est débouté.

Il semble bien que la question de droit ait été qualifiée de façon tendancieuse par la Cour ; la position du tribunal semble plus orthodoxe. Mais la solution est en elle-même heureuse : elle évite le risque de va-et-vient déjà signalé (2). Il a donc fallu lui trouver une autre justification, et c'est ainsi que M. Francescakis a été conduit à poser le principe de la validité des situations acquises à l'étranger en vertu des règles de conflit du pays où elles se sont réalisées.

Il n'a pratiquement été tenu aucun compte, dans cette affaire, de l'existence du jugement new yorkais. Tant le tribunal que la Cour d'appel ou même M. Francescakis se sont contentés d'y puiser un renseignement : à savoir que d'après la règle de conflit de l'Etat de New York, la règle substantielle new yorkaise était applicable, et qu'elle validait l'opération. Mais on n'a pas estimé que cette décision imposait au juge français sa solution du litige. Ceci est conforme

(1) Précité, p. 174, notes 5 et 6.

(2) *Supra*, n° 216.

aux principes posés par la jurisprudence en matière d'effet en France des jugements étrangers : hormis le cas des jugements constitutifs ou relatifs à l'état ou à la capacité des personnes, ils ne sont revêtus de l'autorité de chose jugée qu'après l'intervention d'une décision d'exequatur, en l'espèce absente. Nous supposons que c'est pour cette raison que M. Francescakis n'a pas voulu placer le problème sur le terrain du conflit de juridictions, contrairement à ce qu'il suggère lui-même à propos des jugements de divorce, qui ont, d'après la jurisprudence française, autorité en France indépendamment de l'exequatur (1).

Pourtant, c'est bien l'existence d'un *jugement étranger* validant la convention qui en l'espèce rendait peu souhaitable le succès de l'action de M. Patiño. Le simple fait que la convention et le paiement fussent valables au regard des *règles* désignées par la norme de conflit locale n'aurait pu s'imposer au juge français que par une faveur excessive soit pour la validité des actes, soit pour le recours à la règle de conflit du pays désigné par la règle *locus regit actum* (2). Dès lors, si la constatation fondamentale est qu'il aurait été fâcheux de faire abstraction de la décision étrangère, pourquoi ne pas en conclure tout simplement que les jugements étrangers, même non revêtus de l'exequatur, doivent avoir effet en France, et ceci indépendamment de la loi dont ils ont fait application au fond ? C'est là, bien sûr, aller à l'encontre du droit positif. Mais de toute façon, M. Francescakis raisonne *de lege ferenda*. La modification qui nous semble découler de ses prémisses, et qui nous paraît opportune, n'est pas plus radicale que celle qu'il préconise.

219. — On s'aperçoit ainsi que les seuls exemples convaincants invoqués à l'appui de la théorie des droits acquis n'établissent pas son bien-fondé en matière de conflit de lois, mais s'expliquent par le principe du respect des légitimes prévisions formées par les parties sur la base d'une *décision*.

Il est par conséquent d'ores et déjà certain que, suivant que l'on analyse la norme mise en cause comme une règle ou comme une décision, la solution du problème de droit international privé, qui doit s'inspirer de considérations différentes, peut être différente.

Cette remarque est confirmée par l'étude de l'influence exercée, en matière de conflit de lois et en matière de conflit de juridictions, par le principe du respect de l'autorité exprimée dans la norme étrangère.

(1) *Le Renvoi*, n° 210.

(2) V. *supra*, p. 162, note 1, la critique de cette dernière solution, que M. Francescakis a lui-même condamnée dans sa note sous l'arrêt de la Cour de Rabat (R., 1952.89).

SECTION II

**LE PRINCIPE DU RESPECT DE L'AUTORITÉ
EXPRIMÉE DANS LA NORME ÉTRANGÈRE.**

220. — Le principe du respect de l'autorité exprimée dans la norme étrangère n'exerce qu'exceptionnellement une influence sur la solution des problèmes de conflit de lois; en revanche le principe joue de façon normale en faveur de l'efficacité des décisions étrangères.

**§ 1. — Caractère exceptionnel de l'influence
du principe sur la solution des problèmes
de conflits de lois.**

221. — Il est parfaitement clair que le respect de l'autorité exprimée dans la règle étrangère ne peut pas être un principe de solution du conflit de lois. Le conflit suppose la coexistence de plusieurs règles ayant vocation de par leur contenu à régir la question de droit posée. Si on en applique une, on court nécessairement le risque d'en violer une autre, dont le contenu serait différent. En présence du problème de la détermination du régime matrimonial de deux Italiens mariés sans contrat et installés en Belgique, on ne peut respecter la volonté du législateur italien et déclarer en conséquence que le régime est celui de la séparation de biens, sans aller par là-même à l'encontre de la volonté du législateur belge pour qui le régime légal est celui de la communauté.

222. — Pour pouvoir faire du respect de l'autorité exprimée dans la règle étrangère un principe pratiquement utilisable, il a donc fallu en modifier l'énoncé : on a prétendu qu'il fallait respecter la règle étrangère « compétente ».

Telle est la position des unilatéralistes : le corollaire de l'interdiction d'appliquer une règle étrangère contre le gré de celui qui l'a posée (1) est l'obligation — si la règle française n'est pas elle-même compétente — d'appliquer la règle étrangère compétente, c'est-à-dire qui « se veut » applicable (2). Cette solution a été consacrée par l'article 21 du projet de codification des règles de conflit de lois élaboré par la Commission de réforme du Code civil : « A moins que la loi française ne fût compétente, toute situation juridique créée à l'étranger en vertu d'une loi étrangère qui se reconnaissait

(1) Sur ce problème, v. *supra*, n° 113.

(2) V. NIBOYET, *Traité*, t. III, n° 931.

compétente, produit ses effets en France». M. Wengler (1) a trouvé intéressante cette disposition parce qu'elle constitue « une reconnaissance indirecte de l'idée générale que, en principe, chaque for doit s'efforcer d'appliquer chaque loi qui demande elle-même à être appliquée ».

Mais outre qu'il est très rare qu'une règle demande vraiment à être appliquée, à l'exclusion de toute autre, à une question de droit donnée (2), il convient de remarquer qu'en cas de « conflit positif » (c'est-à-dire si les règles de droit international privé de deux pays ou plus donnent simultanément compétence à leurs propres normes substantielles) comme en cas de « conflit négatif » (aucune règle n'est déclarée compétente) le principe du respect de la règle étrangère compétente ne peut être d'aucune utilité.

Il reste donc *dans l'ensemble* exact que le principe du respect de l'autorité étrangère n'est pas utilisable pour la solution des conflits de lois.

§ 2. — Caractère normal de l'influence du principe sur la solution des problèmes de conflit de juridictions.

223. — La possibilité de faire dépendre dans une certaine mesure l'efficacité de la décision étrangère du principe du respect de la souveraineté étrangère se fonde sur des raisons opposées à celles qui motivent l'impossibilité de tenir compte de ce principe pour dégager les critères de choix de la règle. Il n'existe, dans l'hypothèse normale, qu'une seule décision qui puisse régir la question de droit posée. Aussi ne risque-t-on pas en principe en la prenant pour base de déduction d'aller à l'encontre d'une décision incompatible émanant d'un autre Etat. En présence d'une décision étrangère nous avons le choix entre deux attitudes possibles : l'acceptation ou le rejet. La première ménage la susceptibilité de l'Etat d'origine et évite les mesures de rétorsion, sans aller à l'encontre d'une volonté contraire exprimée par un autre Etat. La seconde entraîne les effets inverses dans nos rapports avec l'Etat d'origine, sans pour autant avoir le mérite de nous attirer la reconnaissance d'un Etat tiers. L'acceptation est donc l'attitude qui *a priori* s'impose.

224. — Il faut même aller plus loin et affirmer que le respect dû à l'autorité exprimée dans la norme étrangère est *plus grand* lorsque cette norme est une décision que lorsqu'elle est une règle. Ceci résulte du caractère concret de la décision, opposé au caractère abstrait de la règle.

(1) « General Principles of Private international law », *Cours Acad. Droit internat.*, 1961, *Rec.*, t. 104, p. 380.

(2) V. *supra*, n° 124.

Une règle pose une relation entre certains événements envisagés dans l'abstrait et une obligation (ou, plus généralement, un état de droit). Mais elle n'exprime aucune volonté quant à son application dans tel ou tel cas concret. Elle a une vocation, mais non une pré-tention à l'application universelle, même à l'égard des juridictions nationales. Ce n'est donc pas nécessairement s'opposer à la volonté de son auteur que de ne pas l'appliquer.

En revanche, la décision veut régir un ou plusieurs cas individuels. C'est nécessairement aller à l'encontre de cette volonté que de refuser de lui donner effet.

M. Balladore-Pallieri (1) relève une opposition de même nature lorsqu'il constate que le droit international privé italien envisage « deux groupes bien différenciés de cas », ainsi définis : « Les uns sont soumis aux règles de droit international privé. Les autres sont, sans plus, accueillis par nous avec la configuration spécifique qu'ils ont reçue à l'étranger et s'en déduisent tels quels, déjà formés et disciplinés par l'ordre juridique étranger, qu'ils se trouvent précisés dans une sentence étrangère, ou certifiés dans une attestation étrangère ». Nous n'oserions affirmer que M. Balladore-Pallieri a voulu ainsi opposer les règles et les décisions. Il envisage les sentences comme des applicateurs de règles et les attestations comme des certificateurs de situations résultant de règles. Néanmoins, l'idée qu'il existe des normes concrètes, dont l'incidence doit être différente de celle des règles, est clairement exprimée.

225. — Toute décision a ainsi vocation à être prise en considération au nom du respect dû à l'autorité dont elle émane. Peu importe qu'elle ait été promulguée par un modeste conservateur des hypothèques ou par le Parlement : tout organe étatique s'exprime au nom de l'Etat dans la mesure où il exerce la fonction précise qui lui a été confiée. Peu importe également le degré de généralité de la décision. C'est toujours à propos d'un cas particulier que le problème de son efficacité se trouve posé. Si elle vise ce cas, peu importe qu'elle en vise ou n'en vise pas, par ailleurs, d'autres.

Il faut cependant prendre garde au fait que le respect n'est dû à la décision étrangère que dans la mesure où elle est revêtue d'une autorité dans le pays dont elle émane. De ce qu'un mariage a été célébré par un organe étatique étranger il est légitime de conclure qu'il est valable en la forme, mais excessif de déduire qu'il l'est aussi quant au fond.

* *

226. — Nous pouvons affirmer, au terme de ce chapitre, que le respect des prévisions des parties et le respect de l'autorité exprimée dans la norme étrangère ne sont pas susceptibles d'être pris

(1) *Diritto Internazionale Privato*, 1^{re} éd., Milan, 1946, p. 49-50.

en considération par le juge lorsque cette norme est une *règle* ; et qu'ils doivent, en revanche, l'inciter à considérer toute *décision* étrangère comme efficace. De cette constatation découlent plusieurs conséquences.

En premier lieu, la solution concrète d'un problème de droit international privé peut dépendre de son analyse en problème de conflit de lois en problème de conflit de juridictions (1).

En second lieu, tandis que les règles de conflit de lois n'attribuent compétence qu'à un seul Etat relativement à une question de droit déterminée, plusieurs Etats peuvent être internationalement compétents pour prendre une décision sur un point quelconque ; *l'existence même d'une décision plaide en faveur de son efficacité*, ce qui n'est pas le cas pour la règle, qui est toujours en concurrence avec une autre règle.

En dernier lieu, les considérations générales qui incitent à rendre efficaces les décisions étrangères dispensent de rechercher des raisons particulières en faveur de l'efficacité de telle ou telle d'entre elles. Dans l'élaboration d'une règle de compétence internationale indirecte il n'y a pas lieu, comme dans le conflit de lois, de rechercher des raisons qui attribueraient positivement compétence à un certain Etat ; il faut au contraire recenser les raisons qui justifieraient *l'incompétence* d'un ou plusieurs Etats.

(1) L'analyse est nécessaire même dans les cas exceptionnels où existe un conflit entre deux ou plusieurs décisions. Les motifs de choix, en effet, ne sont pas les mêmes : on peut notamment songer à donner la préférence à la décision prononcée la première, solution inapplicable à des règles.

CHAPITRE V

CRÉATION DE NOUVELLES RÈGLES DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE INDIRECTE.

227. — La diminution du domaine de la méthode du conflit de lois au profit de celui de la méthode du conflit de juridictions rend nécessaire la création de nouvelles règles de compétence internationale indirecte. Les règles de compétence internationale indirecte, en effet, font naturellement défaut dans les matières qui sont habituellement considérées comme faisant partie du conflit de lois. Il n'existe aucune règle de compétence internationale indirecte relative à l'effet des décisions législatives étrangères. Il n'en existe que très peu en matière d'effet des actes publics étrangers.

Comme les règles nouvelles qu'il faut créer ne peuvent pas résulter d'une simple transposition des critères de rattachement posés par les règles de conflit de lois précédemment utilisées (1), il faut rechercher, matière par matière, les diverses circonstances qui sont de nature à inciter le juge à se prononcer en faveur de l'efficacité ou du refus d'efficacité.

Ces circonstances peuvent évidemment varier en fonction de la nature de la décision en cause. Il est possible, et même probable, qu'une décision rendue en matière patrimoniale ne se verra pas reconnaître le même domaine d'efficacité qu'une décision relative à l'état des personnes ; on peut penser également qu'un jugement, un acte public ou une loi, même s'ils sont le même contenu, ne doivent pas tous être reconnus avec la même facilité.

Mais il existe des modes de raisonnement, en petit nombre, qui permettent d'orienter la recherche du contenu des règles de compétence internationale indirecte. Quand nous les aurons indiqués (Section I), il nous sera plus facile d'envisager quelques exemples d'élaboration de règles de compétence internationale indirecte (Section II).

(1) V. *supra*, Chap. IV.

SECTION I

**PRINCIPES D'ÉLABORATION DES RÈGLES
DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE INDIRECTE.**

228. — Les principes d'élaboration de nouvelles règles de compétence internationale indirecte peuvent pour partie s'induire de l'observation du droit positif. En effet, le problème de l'efficacité des jugements étrangers est résolu à l'aide d'un corps de règles de compétence internationale indirecte (qui sont encore, en France, en cours d'élaboration par la jurisprudence). En analysant ces règles, on peut dégager un certain nombre de principes, dont quelques-uns sont susceptibles d'être transposés à la matière de l'effet des actes publics ou à celle de l'effet des décisions législatives (§ 1).

Les particularités de ces deux catégories de décisions par rapport à celle des jugements rendent cependant nécessaire de se demander par ailleurs s'il n'existe pas d'autres principes qui soient propres au problème de leur efficacité en France (§ 2).

**§ 1. — Recherche à partir de l'analyse
des règles relatives à l'effet des jugements étrangers.**

229. — Le contenu des règles relatives à la compétence internationale indirecte des tribunaux étrangers ne fait pas encore aujourd'hui l'objet d'un accord unanime. Peu importe, puisqu'il s'agit seulement pour nous de recenser les considérations que l'on a mises en avant dans un sens ou dans l'autre.

Nous en distinguons cinq. Les trois premières nous paraissent erronées. Ce sont :

— l'idée qu'il est normal de transposer en matière de compétence internationale *indirecte* les critères de compétence internationale *directe* (A) ;

— l'idée que l'organe dont émane la décision doit avoir une compétence fonctionnelle (B) ;

— l'idée qu'il faut éviter une trop large possibilité de choix de l'organe par les individus (C).

Deux autres nous semblent justes. Ce sont :

— l'idée que la compétence française est parfois exclusive (D) ;

— l'idée que les exigences du droit international public doivent être respectés (E).

A. — L'IDÉE QU'IL EST NORMAL DE TRANSPOSER EN MATIÈRE DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE INDIRECTE LES CRITÈRES DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE.

230. — La doctrine dominante, qui soutient à juste titre que le contrôle de l'origine des décisions s'effectue suivant des critères déterminés par la loi française (1), pose le principe de l'*incompétence du tribunal étranger sauf attribution spéciale par le législateur français* (2). A cet effet, elle préconise de rechercher dans la loi française de compétence internationale directe les principes propres à justifier cette compétence. C'est ce que M. D. Holleaux appelle la « bilatéralisation » : « Le juge du pays de reconnaissance se tourne vers les règles de compétence directe de son pays, présumées fournir le modèle de ce que pourrait être une réglementation idéale de la compétence internationale » (3). Seraient seulement exclues « les règles dont on chercherait en vain le fondement rationnel, car leur seule justification est la prééminence de l'ordre étatique constitué sur l'ordre international en formation » (4), c'est-à-dire essentiellement en France les règles des articles 14 et 15 du Code civil (5).

231. — Cette position s'explique probablement en partie par diverses préoccupations pratiques que nous passerons en revue. Mais, à les supposer justifiées, le procédé de la bilatéralisation leur est si mal accordé (6) qu'il est certain qu'une autre considération,

(1) V. *supra*, n° 152 et p. 109, note 1.

(2) La jurisprudence s'est engagée dans la même voie : Trib. gr. inst. Seine, 14 mai 1962, D., 1962.655, J., 1963.110 ; Paris, 18 juin 1964, R., 1967.340, J., 1964.815. Un attendu de ce dernier arrêt est typique de la façon actuelle de raisonner en la matière : « Il convient, suivant les principes admis par le Droit international privé français de rechercher s'il existe un facteur de rattachement de nature à justifier, positivement, la compétence internationale de la juridiction étrangère effectivement saisie ». Plus nettement encore, l'arrêt rendu par la même Cour le 22 octobre 1970 (R., 1971.541, note Couchez) affirme qu'il faut « appliquer les règles françaises de droit international privé désignant la juridiction étrangère internationalement compétente pour connaître du litige ». Mais la Cour de Paris semble récemment vouloir abandonner cette position, puisque dans son arrêt du 10 novembre 1971 (*Rev. trim. dr. com.*, 1972.239, obs. Loussouarn, J., 1973.239, note Huet), elle proclame qu'« il suffit, pour qu'un tribunal étranger soit reconnu compétent, que le litige se rattache d'une manière suffisante au pays dont le juge a été saisi, c'est-à-dire que le choix de la juridiction ne soit ni arbitraire, ni artificiel, ni frauduleux ».

(3) *Op. cit.*, n° 399. Cf. FRANCESCAKIS, « Compétence étrangère et jugement étranger », R., 1953, p. 31 et s. ; *Juriscl. Droit internat.*, fasc. 547 C, n° 42 ; BREDIN, « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer* », Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1964-1966, p. 25-26 ; DÉPREZ, R., 1967, p. 350-352. V. aussi FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *Cours Acad. Droit internat*, 1961, *Rec.*, t. 104, p. 177-179.

(4) D. HOLLEAUX, *op. loc.*

(5) Cf. FRANCESCAKIS, *Compétence étrangère et jugement étranger*, précité, p. 18.

(6) V. *infra*, n° 236, 240 et 243.

plus abstraite, et informulée, a joué. On le reconnaît aussi au fait que le principe de la bilatéralisation est souvent présenté comme une évidence : « En matière de reconnaissance de jugements étrangers », déclare notamment M. Fragistas, « le juge du pays doit mesurer la compétence internationale de l'Etat où le jugement a été rendu, *avec les mêmes mesures* que celles dont se sert, pour définir sa propre compétence internationale, l'Etat où la reconnaissance du jugement est demandée » (1).

L'idée qu'on voit apparaître en filigrane de cette affirmation est celle d'une *analogie* entre la compétence internationale indirecte et la compétence internationale directe, analogie que l'on pourrait essayer de justifier par la comparaison suivante : « La compétence du Tribunal de grande instance de Rodez et celle du Tribunal de grande instance de Paris obéissent aux mêmes règles ; pourquoi les critères de la compétence internationale des tribunaux anglais devraient-ils différer de ceux qui ont été élaborés relativement à la compétence internationale des tribunaux français, *dès lors qu'il est admis qu'ils sont, eux aussi, déterminés par la loi française ?* » Compétence directe et compétence indirecte devraient donc être traitées, suivant l'expression d'un haut magistrat anglais (2), « comme étant les deux faces de la même monnaie ».

232. — Le même raisonnement peut être tenu en matière d'effet des actes publics ou législatifs étrangers. L'un des rares auteurs qui se soient intéressés au problème des effets internationaux des actes publics, M. Biscottini, l'a clairement énoncé : « En l'absence de dispositions contraires de la loi, les critères de la compétence internationale sont tirés de ceux de la compétence administrative. C'est-à-dire que notre Etat considère comme ayant compétence, pour dresser un acte administratif, l'Etat étranger dont les liens avec l'acte sont tels que, s'ils existaient avec lui, ils détermineraient sa compétence » (3).

233. — Ces raisonnements sont viciés par l'emploi d'une terminologie déficiente. Les règles de compétence internationale indirecte ne sont pas des règles de véritable compétence. Elles ne sont relatives qu'à l'*efficacité*, sur le territoire de l'Etat qui les pose, des décisions étrangères (4). Or le choix des chefs de compétence et celui des chefs d'efficacité ne mettent pas en jeu les mêmes considérations. La différence provient de ce que la compétence est destinée à être vérifiée *avant* que l'organe n'exerce son pouvoir,

(1) Cours précité, p. 179.

(2) Lord Pearle, dans l'arrêt *Indyka v. Indyka* de la Chambre des Lords [1967] 1 A.C. 853 [1967] 3 W.L.R. 510 [1967] 2 All E.R. 689.

(3) « L'efficacité des actes administratifs étrangers », *Cours Acad. Droit internat.*, 1961, *Rec.*, t. 104, p. 681.

(4) La raison essentielle (v. *supra*, n° 151) en est qu'un organe étatique ne peut attribuer compétence qu'aux organes qui lui sont subordonnés.

et l'efficacité *après* qu'il l'ait exercé. Il existe donc un facteur qui conditionne la solution du problème de l'efficacité, mais n'intervient pas dans le choix de critères de compétence : *l'existence* de la décision. Nous avons vu (1) qu'elle renferme les motifs qui plaident en faveur de son efficacité. Le législateur (ou la jurisprudence) n'a donc pas à rechercher une justification pour chaque chef d'efficacité. Au contraire, ce sont les refus d'efficacité qui doivent être spécialement justifiés (2). Il en résulte évidemment que la coïncidence des chefs de compétence internationale directe et des chefs de compétence internationale indirecte, si elle n'est pas exclue, n'est pas non plus automatique : *il peut, dans une même hypothèse, ne pas y avoir de raison positive d'attribuer compétence à un organe ni de raison positive de dénier effet à la décision qui en émane* (3).

B. — L'IDÉE QUE L'ORGANE DOIT AVOIR UNE COMPÉTENCE FONCTIONNELLE.

234. — Par compétence fonctionnelle nous entendons la compétence inspirée par des nécessités inhérentes au bon fonctionnement du service dont est chargé l'organe.

En matière juridictionnelle, l'élément le plus important est la proximité du tribunal par rapport aux plaideurs. Lerebours-Pigeonnière et M. Loussouarn ont mis l'accent avec une vigueur particulière sur l'importance de la prise en considération de la commodité des parties dans la détermination des critères de compétence internationale : « Avant tout, la détermination de la compétence

(1) *Supra*, n° 226.

(2) Etant entendu par ailleurs qu'un chef étranger de compétence internationale directe différent des chefs français de compétence internationale directe ne saurait être considéré comme *a priori* déraisonnable : le droit international privé repose sur l'idée que les normes étrangères différentes des normes françaises ne sont pas nécessairement mauvaises.

(3) Une tendance s'est récemment fait jour sur le plan international, à la dissociation de la compétence internationale directe et de la compétence internationale indirecte. Elle s'est notamment manifestée dans la thèse (précitée) de M. D. Holleaux, dans l'arrêt *Indyka* (précité) de la Chambre des Lords, dans le *Recognition of Foreign Divorces and Legal Separations Act* adopté en Angleterre en 1971, dans le projet de Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, élaboré en 1968 par la XI^e Session de la Conférence de La Haye de droit international privé, et dans le projet de Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, élaboré en 1966 par la Session extraordinaire de la même Conférence. Enfin, l'arrêt précité (Paris, 10 nov. 1971) affirme nettement que « s'il est vrai que la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne lorsqu'il s'agit pour un tribunal français, de statuer sur sa propre compétence dans le litige dont il est directement saisi, il convient en revanche, pour le juge chargé de se prononcer sur une demande d'exequatur, de contrôler la compétence internationale de la juridiction étrangère en se référant aux principes plus libéraux du droit international privé français en ce domaine, lesquels résultent aussi bien de la coutume que des textes ».

générale doit éviter les dénis de justice, veiller à ce que les plaideurs aient toujours une juridiction compétente à leur portée. Ce principe directeur est commandé à la fois par l'intérêt de l'ordre public dans chaque Etat — intéressé à ce que règne la paix publique — et par l'intérêt des particuliers, qui préféreront toujours un tribunal désigné par les commodités pratiques à un tribunal d'une autorité juridique supérieure, mais placé trop loin pour qu'ils puissent pratiquement aller plaider devant lui » (1).

Cette citation est extraite d'un paragraphe relatif à la compétence générale (ou internationale) *directe*. En matière de compétence indirecte, on arrive, en raisonnant dans le même esprit, à déclarer inefficaces les jugements étrangers émanant de tribunaux *non désignés* par les commodités pratiques.

Pour réaliser cet objectif, on commence par « internationaliser » les règles de compétence interne *ratione loci* (fondées en effet sur le souci de la commodité des parties), ce qui donne les règles de compétence internationale directe ; puis on « bilatéralise » celles-ci pour obtenir les règles de compétence internationale indirecte.

Ainsi, en partant de la règle de l'article 59, alinéa 1 du Code de procédure civile : « En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile », on peut élaborer une règle de compétence internationale directe : « En matière personnelle, l'ordre juridictionnel français sera compétent si le défendeur est domicilié en France », puis une règle de compétence internationale indirecte : « En matière personnelle, un jugement étranger sera efficace en France, s'il émane du pays dans lequel le défendeur était domicilié ». Si aucun des chefs de compétence internationale indirecte ainsi élaborés n'est réalisé dans le pays dont émane le jugement, celui-ci est inefficace.

235. — Certains actes administratifs, voire législatifs, peuvent également être examinés sous l'angle du lien matériel qui doit avoir existé, pour que l'organe dont ils émanent ait pu fonctionner de façon satisfaisante, entre cet organe et une chose ou un sujet qu'ils concernent. « Ainsi, les notaires ne peuvent recevoir de déclarations de volonté que des sujets comparaissant devant eux, sans tenir compte de leur nationalité ni du lieu où se trouvent les choses constituant l'objet de l'acte. Les notaires ne peuvent donc exercer leur ministère que sur les personnes se trouvant dans leur ressort » (2). Autre exemple : les certificats d'indigence : « *a priori* n'importe quel Etat peut délivrer un tel certificat ; en fait il faut qu'il ait une connaissance de la situation économique du sujet et pour ce faire puisse faire une enquête sur son standing de vie et ses ressources habituelles. Cette enquête, n'étant possible que sur le territoire où

(1) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 9^e éd., n° 397.

(2) BISCOTTINI, *op. cit.*, p. 678.

la personne réside habituellement, entraîne une limite de compétence administrative » (1).

236. — L'emploi du procédé de la bilatéralisation ne s'appuie pas ici sur la considération purement formelle de la symétrie entre la compétence internationale indirecte et la compétence internationale directe ; il se fonde sur des raisons particulières à la nature des règles bilatéralisées.

Il n'est pas pour autant à l'abri de la critique, surtout en matière de compétence juridictionnelle : ce n'est pas parce qu'aucun des chefs de compétence retenus par le législateur français pour répartir la tâche juridictionnelle entre les divers tribunaux n'est réalisé dans le pays d'où émane la décision, que celui-ci était d'accès incommode pour les parties. Le législateur n'a pas eu en effet pour souci primordial de dégager *tous* les critères de compétence qui satisferaient les parties ; il lui suffisait de retenir les principaux. Ainsi l'option de compétence offerte par l'article 420 du Code de procédure civile français ne vaut qu'en matière commerciale. Si un pays étranger l'admettait dans une matière que nous considérons comme civile, serait-il raisonnable d'en écarter les deux branches exceptionnelles (lieu où le paiement devait être effectué, lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée) sous prétexte d'inconmodité ?

237. — Mais surtout, indépendamment même de la bilatéralisation des règles de compétence fonctionnelle, c'est leur internationalisation qui est sujette à caution. Reprenons l'exemple des règles de compétence territoriale en matière juridictionnelle. Elles sont fondées sur le souci de la commodité des parties. Or, cette circonstance n'est pas de nature à influencer sur le contenu des règles de compétence internationale. Il est moins commode pour un individu domicilié à New York d'aller défendre sa cause à Honolulu plutôt qu'à Montréal. Or, si l'on appliquait la règle : « la décision est efficace lorsqu'elle émane du pays du domicile du défendeur », la décision d'Honolulu serait efficace alors que celle de Montréal ne le serait peut-être pas. Cet exemple révèle une réalité plus profonde : la commodité (ou l'inconcommodité) d'accès à un tribunal n'est pas une notion susceptible d'attribuer — (ou de dénier) — compétence à un Etat ou à un ordre de juridictions, *entités abstraites, non localisées*, mais seulement à une juridiction en raison de son emplacement concret (2) (3).

(1) BISCOTTINI, *op. cit.*, p. 679.

(2) *Contra* : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, n° 397 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, nos 665 et 686 ; H. MAZEAUD, R., 1935.85 ; PERROUD, J., 1927.566, SIALELLI, *Juriscl. Droit internat.*, fasc. 581 ; GUTTERIDGE, *Le conflit des lois de compétence judiciaire*, p. 206 ; ARMINJON, *Précis de droit international privé*, t. III, nos 169 et 170 ; SAVATIER, *Cours de droit international privé*, n° 345, p. 259 ; BAUER, *La compé-*

(3) V. note 1, p. 180.

Que l'on pose donc, si l'on se soucie de la commodité des parties, des exigences sur le plan de la compétence territoriale *interne* (2) : cette solution est la seule logique.

Plus généralement, tout motif susceptible de rendre préférable l'intervention d'un organe plutôt que d'un autre, *qui se prononcerait au nom du même Etat*, est à négliger sur le plan de la compétence internationale. Il faut, pour qu'une règle soit relative à la compétence internationale, qu'elle permette de choisir entre les organes de plusieurs pays, en supposant même qu'ils soient tous situés dans le même lieu.

C. — L'IDÉE QU'IL FAUT ÉVITER UNE TROP LARGE POSSIBILITÉ DE CHOIX DE L'ORGANE PAR LES INDIVIDUS.

238. — En matière d'effet des jugements étrangers, cette idée traduit le souci d'éviter le *forum shopping*. On entend par là le fait pour le demandeur de soumettre (avec ou sans l'accord du défendeur) le litige à la juridiction devant laquelle il estime avoir les plus grandes chances de succès. Le jugement peut ensuite être invoqué

tence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands, n° 41, et R., 1967, p. 229 ; CARRIVE, concl. sur Trib. civ. Seine, 11 mai 1928, R., 1929.266 ; G. HOLLEAUX, J., 1963, p. 110 ; FRANCESKAKIS, R., 1963.391 ; D. HOLLEAUX, *op. cit.*, n°s 383 à 394 (ce dernier auteur estime cependant — n° 411 — que les critères de compétence *ratione loci* sont inaptes à désigner un ordre juridictionnel, non en raison du caractère particulier des motifs qui les inspirent, mais plutôt, semble-t-il, parce que leur aptitude technique à désigner directement un tribunal déterminé rend inutile une désignation plus vague et qui s'en déduit automatiquement). Nous ne reprenons pas à notre compte le reproche adressé à ces auteurs d'avoir négligé l'absence d'équivalence entre juridictions françaises et juridictions étrangères, et d'avoir ainsi supposé un « universalisme juridictionnel » irréal (v. HÉBRAUD, R., 1956.544). Nous pensons, par exemple, qu'il est possible, sinon souhaitable, de dénier effet en France à une décision étrangère rendue par un juge incompétent d'après les règles françaises de compétence *interne*, en invoquant les exigences de la commodité. Nous ne nous refusons donc pas à « mettre entre parenthèses », selon l'expression de M. D. HOLLEAUX (*op. cit.*, n° 385) la diversité des systèmes juridiques des Etats. Notre doute porte sur la vocation de la notion de commodité d'accès à un tribunal à définir une « compétence » *étatique*.

(1) Certes, dans la matière du conflit de lois, on tient parfois compte pour le choix du facteur de rattachement de la commodité des parties en rapport avec le lieu où elles se trouvent ; ainsi dans le cas de la *lex loci actus* applicable à la forme des actes. Cela est justifié par le fait que la diffusion et la connaissance de la règle sont territoriales. Cette circonstance ne peut être invoquée dans la matière du conflit de juridictions, puisque la commodité s'y apprécie à un moment où le jugement n'est pas encore prononcé.

(2) C'est ce que fit la Cour d'appel d'Aix dans un arrêt du 22 juillet 1901 (J., 1901.976, S., 1903.2.305) en refusant l'exequatur à un jugement italien au motif que le Tribunal de Milan, qui l'avait prononcé, n'était pas compétent d'après l'article 420 du Code de procédure civile, alors que les lieux de conclusion et de livraison étaient tous deux situés en Italie.

On conçoit que l'on puisse préférer contrôler la compétence interne d'après les règles étrangères, ou encore ne pas la contrôler du tout. Mais ceci est, de toute façon, un problème étranger à la compétence internationale.

dans un pays où il n'aurait pas été obtenu directement ; le fait que la loi applicable dépende du tribunal saisi augmente encore l'intérêt du *forum shopping*, surtout si le pays de la reconnaissance n'exige pas que le tribunal étranger ait appliqué la loi désignée par la règle de conflit du for (1).

Il faut bien distinguer deux aspects dans ce problème. D'une part, en raison de la multiplicité des chefs de compétence juridictionnelle, il est possible pour le demandeur (ou pour les deux parties agissant d'accord), de porter le litige devant l'ordre juridictionnel de leur choix, et par là d'influer sur le choix de la loi applicable. C'est une possibilité sinon heureuse, du moins normale dans l'état actuel de division du monde en système juridiques différents. D'autre part, cette situation peut être exploitée de façon frauduleuse par le demandeur soit pour obtenir du for, par la voie de la reconnaissance ou de l'exequatur, une mesure qu'il n'aurait pas obtenue directement, soit pour empêcher le défendeur, trop éloigné ou non prévenu, de faire valoir ses arguments. Ce sont là des déviations pathologiques, qui appellent peut-être d'autres palliatifs que la situation normale.

a) *Le choix de l'Etat au nom duquel la décision sera prononcée.*

239. — M. Wengler, dans son cours professé à La Haye en 1961 (2), a nettement mis en lumière ce qui est choquant dans le choix par le demandeur (ou par les deux parties) de l'Etat au nom duquel la décision sera prononcée : c'est qu'il ruine l'un des principes essentiels du droit international privé, celui qu'il appelle le « minimum de conflits internationaux », c'est-à-dire la tendance à l'unité d'appréciation, quel que soit le tribunal saisissable, d'un même rapport juridique. « Dans la mesure où l'attitude des parties peut être influencée par les décisions qu'elles attendent des juges, chaque partie se sent évidemment encouragée à intenter aussi vite que possible une action devant le tribunal dont elle pense qu'il rendra une décision en sa faveur », et ainsi « la soumission à une loi ou à une autre devient l'effet du hasard » (3).

L'inconvénient est certainement moins grand dans le cas des actes publics ou législatifs. Il faut, pour qu'il apparaisse, que deux conditions soient remplies : d'une part, que l'organe soit susceptible d'être saisi par les particuliers, et non seulement de se saisir lui-même ; d'autre part, que les prescriptions de sa loi ne soient pas purement formelles. Le cas peut se présenter : par exemple aux Etats-Unis, dans les Etats qui confient la réparation des accidents

(1) La jurisprudence française pose actuellement cette exigence : v. notamment l'arrêt *Munzer* de la Cour de cassation (7 janv. 1964, R., 1964.344, note Batiffol ; J., 1964.302, note Goldman ; J.C.P., 1964.II.13590, note Ancel).

(2) « General principles of private international law », *Rec.*, t. 104, p. 364. V. déjà, du même auteur, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », R., 1952.595.

(3) *Op. cit.*, p. 444.

du travail à des organes de type administratif; mais il sera assurément fort rare.

240. — Quoi qu'il en soit, vouloir réduire le nombre des critères d'efficacité pour limiter le choix des intéressés est un procédé inadéquat.

Tout d'abord, il ne peut constituer qu'un compromis. Il serait en effet trop radical, dans bien des hypothèses, de ne retenir qu'un seul chef de compétence internationale indirecte. On ne peut donc que *limiter* le risque du choix de l'organe, en retenant un petit nombre de chefs de compétence. La meilleure solution consisterait à choisir ceux-ci sur une liste établie après une enquête de droit comparé, en prenant soin d'exclure ceux qui facilitent à l'excès le *forum shopping*, tel notamment, en matière judiciaire, le critère de la résidence temporaire du demandeur (1).

Même ainsi réalisée, la limitation des critères de compétence encourt deux reproches majeurs.

En premier lieu, elle conduit à refuser de reconnaître des décisions émanant d'organes choisis uniquement pour la commodité de leur saisine en l'espèce; c'est-à-dire que pour éviter un choix inspiré par de « mauvaises » raisons, on déclare sans valeur des choix inspirés par de « bonnes » raisons.

En second lieu, les inconvénients de l'inefficacité d'une décision dans un pays sont, et de beaucoup, plus graves que ceux que l'on cherche à éviter : il suffira de rappeler le risque de va-et-vient entre le pays d'origine et celui du juge qui a refusé la reconnaissance (2). Les « décisions en conflit », entendues au sens de « décisions divergentes que rendraient, s'ils étaient saisis, les organes de divers pays quant à un même rapport litigieux », sont à éviter parce que le comportement des individus doit pouvoir s'inspirer de prévisions certaines; *mais le conflit de décisions effectivement prononcées ne saurait être le prix de cette politique.*

La situation est toute différente lorsque le choix de l'organe, non seulement résulte du désir d'obtenir une décision avantageuse, mais constitue une véritable manœuvre frauduleuse.

(1) Des listes de ce type sont contenues dans le protocole additionnel au projet de la Conférence de La Haye de convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (art. 4) et dans le projet de convention adopté à la onzième session de la Conférence de La Haye de Droit international privé sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (art. 2). Le procédé semble plus adapté à son but que celui de la bilatéralisation. En effet, la liste française des chefs de compétence internationale, relativement longue, favorise les cumuls de compétence : que l'on songe, par exemple, à la triple compétence internationale fondée sur l'article 420 du Code de procédure civile. Aucune raison ne peut justifier que l'on retienne *tous* les chefs de compétence française et *aucun* des chefs de compétence étrangère.

(2) V. *supra*, nos 216 et 218.

b) *La mise à profit frauduleuse de la diversité des organes compétents.*

241. — Les particuliers, par le choix qu'ils font de l'organe qui statuera, peuvent accomplir deux fraudes bien distinctes.

La première ne risque guère de se produire qu'en matière juridictionnelle : elle consiste à utiliser la compétence particulièrement généreuse d'un organe — un tribunal — pour obtenir une décision — un jugement — sans que l'adversaire ait pu présenter ses moyens de défense. Le recours à la notion d'*ordre public* doit permettre de dénier effet aux décisions obtenues de cette façon (1).

242. — La seconde est une fraude à l'égard du pays de la reconnaissance : elle consiste, sachant qu'on n'obtiendra pas dans ce pays (pays I) la décision que l'on espère, à saisir l'organe d'un autre pays (pays II) dans le but principal, sinon exclusif, de voir reconnaître dans le pays I la décision obtenue dans le pays II. La décision peut être un jugement ; elle peut être aussi un acte administratif ou législatif : par exemple une dispense en vue du mariage ou un changement de nom.

Dans la matière de l'effet des jugements étrangers, les tribunaux français ont tendance à refuser de reconnaître les décisions ainsi prononcées en invoquant la fraude à la loi compétente d'après la règle française de conflit (2). En réalité, dans un système qui prévoit le contrôle du choix de la loi appliquée, il ne devrait être question que d'une *contravention* à la règle française de conflit de lois, et non d'une fraude qui suppose un *détournement* de cette règle (3). Mais à supposer même que le contrôle soit supprimé — nous savons que plusieurs auteurs le proposent (4) — la fraude qu'il nous paraîtrait possible de sanctionner ne serait pas la fraude à la loi, mais la *fraude à la décision française*. L'éviction souhaitée par les particuliers n'est pas en effet celle d'une règle — la règle qu'aurait appliquée l'organe français saisi directement — mais celle d'une décision — la décision qu'aurait prononcée cet organe ; la fraude peut d'ailleurs exister alors même que l'organe étranger aurait appliqué, de façon tendancieuse, la règle désignée par la norme française de conflit. *Il y a fraude à la décision (virtuelle) qu'aurait prononcée l'organe français, par le moyen du détournement de la règle de compétence internationale indirecte* ; ce type de fraude est l'homologue, en matière de conflit de juridictions, de la fraude à la loi française que l'on connaît en matière de conflit de lois et qui se réalise par le détournement des règles de conflit.

(1) En ce sens GOLDMAN, *Intervention au Comité français de droit international privé, Travaux*, 1964-1966, p. 48.

(2) Civ., 22 janv. 1951 (*Weiller*), R., 1951.167, note Ph. Francescakis.

(3) En ce sens Ph. FRANCESCAKIS, note précitée.

(4) V. les auteurs cités *supra*, p. 135, note (3).

243. — Pour lutter contre la fraude, *l'exception de fraude* est un moyen mieux adapté que la limitation du nombre des chefs de compétence internationale indirecte. Elle peut en effet être invoquée non seulement lorsque l'organe étranger a été visiblement complaisant en se déclarant compétent, mais aussi chaque fois que la compétence de l'organe étranger, objectivement normale, a été utilisée *dans le but* de faire admettre en France un état de droit que l'organe français, directement saisi, se serait refusé à consacrer. Inversement, dans les cas où l'on est certain qu'il ne s'est rien passé que de très régulier — par exemple : un juge anglais, peu suspect de complaisance pour l'une des parties, aura appliqué la loi qu'aurait également appliquée le juge français — on échappe aux inconvénients du refus d'efficacité.

Il est certes possible de déclarer certains rattachements — par exemple une résidence du défendeur inférieure à un mois — objectivement insuffisants, parce que faisant présumer la fraude. Mais il reste nécessaire de s'accorder, *en plus*, le pouvoir de déceler des fraudes dans les autres cas. Soit un individu résidant en Grande-Bretagne depuis deux mois, et à qui le demandeur fait délivrer un *writ* (la loi anglaise permettant en principe d'assigner ainsi toute personne qui se trouve, même passagèrement, sur le territoire anglais). Il n'est ni exclu, ni certain, que l'on soit en présence d'une fraude. Il y a vraisemblablement fraude si le demandeur, domicilié en France, a assigné son adversaire, également domicilié en France, en profitant des vacances de celui-ci en Grande-Bretagne, parce que le juge anglais lui donnera raison alors que le tribunal français lui donnerait tort ; il n'y a probablement pas fraude si d'autres liens existent avec la Grande-Bretagne (par exemple le demandeur y est domicilié, et le défendeur y a des biens), ou si la teneur du jugement français n'aurait pas été différente de celle du jugement rendu : des considérations de commodité peuvent avoir été décisives. Cet exemple prouve qu'il est impossible de remplacer l'exception de fraude par une liste de critères objectifs.

Bien sûr, l'utilisation de l'exception de fraude suppose une recherche de la volonté des individus. Mais celle-ci n'est nullement divinitaire. Si l'on constate, à propos de la soumission à l'exequatur d'un jugement étranger rendu en matière patrimoniale, que le défendeur n'avait aucun bien saisissable dans le pays où il a été jugé, qu'il pouvait très facilement être attiré devant une juridiction de France, pays où ses biens sont situés, et enfin que le juge étranger a donné raison au demandeur alors que le juge français lui aurait donné tort, la fraude est évidente.

244. — Les deux instruments juridiques de la lutte contre les deux fraudes que nous avons distinguées nous semblent donc devoir être l'ordre public et la fraude au jugement. L'idée d'admettre ainsi des règles libérales, assorties d'exceptions jouant le rôle de « soupapes de sécurité », n'est pas nouvelle en matière juridictionnelle, et a

donc déjà pu être critiquée. Elle se heurte à la répugnance affichée à l'égard d'un emploi extensif des exceptions au jeu normal des règles de droit international privé (1). Cependant, il nous semble que nous sommes bien en présence d'une situation d'exception qui exige des mesures répondant au même qualificatif. En limitant le nombre des critères de compétence internationale indirecte on sanctionne des comportements qui ne sont pas frauduleux, tout en laissant passer des décisions obtenues par fraude. L'amélioration de la prévisibilité, peut-être liée à l'emploi de critères objectifs, ne suffit pas à justifier un tel résultat.

D. — L'IDÉE QUE LA COMPÉTENCE FRANÇAISE EST PARFOIS EXCLUSIVE.

245. — La jurisprudence, en forgeant les règles de compétence internationale indirecte à partir de l'interprétation de la volonté implicitement exprimée, d'après elle, par le législateur, dans les règles de compétence internationale directe, a été conduite à conférer une certaine prééminence à l'ordre juridictionnel français. Le procédé qu'elle a employé a consisté à dénier compétence aux tribunaux étrangers lorsqu'il existait une *compétence exclusive française*. Que faut-il entendre par là ?

D'après M. D. Holleaux, tout dépend du point de savoir où sont *en l'espèce* réalisés les chefs de *compétence directe* : « Suivant que le chef unique de compétence conduit ou non à déclarer compétents les tribunaux français, la compétence française est exclusive ou n'existe pas. Suivant que les chefs alternatifs de compétence sont tous réalisés en France, répartis entre la France et l'étranger, tous réalisés à l'étranger, la compétence française est exclusive, concurrente, ou n'existe pas » (2).

On peut aussi entendre la compétence exclusive de manière plus extensive, comme une compétence qui, si le chef en est réalisé en France, fait obstacle à l'efficacité des décisions étrangères *même émanant d'un pays où un autre chef de compétence est réalisé* : de cette nature serait la compétence définie aux articles 14 et 15 du Code civil.

La notion de compétence exclusive a aussi des applications en matière d'effet des actes publics étrangers. Ainsi, certains pays ne reconnaissent qu'à eux seuls le droit de marier leurs nationaux ; les déclarations des naissances et des décès survenus en France,

(1) Cf. BREDIN, Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1964-1966, p. 26 ; COUCHEZ, note sous Paris, 22 oct. 1970, R., 1971, p. 550.

(2) *Op. cit.*, n° 39. Il est évident qu'un tel système n'a de sens que pour ceux qui n'admettent pas *en général* que le tribunal étranger soit incompétent lorsqu'aucun chef de compétence prévu par la loi française n'est réalisé dans son pays.

reçues par des officiers étrangers, sont dénuées d'effet en France (1). L'exclusivisme peut même être absolu : l'Italie, par exemple, n'attribue aucune efficacité aux dispenses de mariage étrangères (2).

246. — Cette conception est tout à fait logique dans son principe. S'il est vrai qu'un Etat ne doit pas dénier par principe tout effet aux normes étrangères, il lui est loisible d'imposer dans certaines circonstances, en exécution d'une politique qui lui importe plus que la coopération internationale, l'application de ses lois (3) ou l'intervention de ses organes.

Mais ce n'est pas le rôle des tribunaux d'élaborer cette politique. Ils ne doivent considérer un critère de compétence internationale comme exclusif que dans le cas où il apparaît clairement que l'intention du législateur qui a posé la règle de compétence internationale directe est en ce sens.

Ce n'est malheureusement pas ce que l'on constate lorsque l'on examine la jurisprudence française sur l'effet des jugements étrangers.

247. — En premier lieu, la jurisprudence affirme le caractère exclusif de la compétence des tribunaux français lorsque l'un des plaideurs est français, compétence qui résulte des articles 14 et 15 du Code civil (4). MM. Batiffol et Lagarde ont souligné pourtant que « ces textes énoncent seulement qu'un Français *peut* toujours assigner ou être assigné en France, ils ne disent pas qu'ils le *doivent* » (5).

Encore serait-il théoriquement possible que l'intention du législateur ait bien été telle que la jurisprudence l'interprète (6). Il en va autrement des jugements ou arrêts qui privent d'efficacité des décisions étrangères sous le prétexte que tous les chefs de compétence directe *ratione loci*, ou l'un d'entre eux jugé essentiel, sont réalisés en France (7). La compétence exclusive des tribunaux d'un pays implique que le législateur a voulu leur réserver la connaissance du litige. Or les règles de compétence internationale directe *ratione loci*, si tant est qu'elles existent, ne sont en France que la généralisation

(1) V. *supra*, n° 196.

(2) V. BISCOTTINI, *op. cit.*, p. 675. Sur la position de la doctrine française, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 418.

(3) V. *supra* le n° 124 sur les lois d'application immédiate du for.

(4) Req., 17 mars 1830, S., 1830.1.95 ; Civ., 2 mai 1928, D.H., 1928.334, J., 1929.76 ; Req., 5 mai 1937, R., 1938.91 ; Civ., 19 févr. 1952, R., 1953.806.

(5) *Traité*, n° 718 ; dans le même sens Ph. FRANCESCAKIS, *Juriscl. Droit internat.*, fasc. 547-C.

(6) Certains suggèrent que le législateur exprime ouvertement cette intention. Cf. le premier alinéa du texte suggéré par M. Francescakis à la Commission de réforme du Code civil, dans un article paru à la *Revue critique*, 1953, p. 34 : « a) A moins de renonciation des intéressés, la compétence française fondée sur la nationalité des plaideurs est exclusive de toute compétence étrangère ».

(7) Civ., 5 mai 1962, D., 1962.718, note Holleaux ; R., 1963.99, note Batiffol ; Trib. gr. inst. Seine, 9 juin 1964, J.C.P., 1964.IV.135.

à l'ensemble du territoire des règles de compétence territoriale interne. Et il ne s'agit pas d'une généralisation fondée sur des motifs appropriés à l'objet particulier des règles de compétence internationale, mais d'une simple déduction « logique » (informulée) : puisqu'un tribunal français est rendu compétent — pour des motifs qui n'ont *rien à voir* avec sa qualité d'organe étatique français —, l'ordre juridictionnel français l'est aussi (1). Aucune préoccupation de voir juger le litige par des tribunaux statuant au nom de l'Etat français plutôt qu'en celui d'un Etat étranger n'apparaît. On ne peut donc déduire *a contrario* de ces règles que les ordres juridictionnels étrangers sont incompétents si le ou les chefs de compétence sont réalisés en France : leur *ratio* ne se prête pas à un tel raisonnement (2).

248. — En posant des règles nouvelles de compétence internationale indirecte, il ne faudra donc admettre qu'avec circonspection le caractère exclusif des critères de compétence internationale directe.

On peut seulement indiquer que l'exclusivisme doit être admis lorsqu'il y a non seulement *compétence* de l'organe français, mais *obligation d'intervention* dans l'intérêt public. En dehors de cette hypothèse, il faut rechercher, critère par critère, l'intention de l'auteur des règles de compétence internationale directe.

(1) Ce raisonnement nous semble absurde. Le chef de compétence interne n'attribue pas compétence aux tribunaux français en général, mais à un tribunal en particulier. Or, la compétence d'une juridiction déterminée ne peut entraîner celle d'un *ensemble* de juridictions ; elle prouve seulement cette compétence : si l'Etat n'était pas compétent, aucun de ses organes ne pourrait l'être. Quant à la raison de la compétence de l'Etat, elle est simple : c'est qu'aucune exigence n'est posée au niveau de la compétence internationale. Celle-ci fait l'objet d'une règle générale et implicite : « l'ordre juridictionnel français est compétent pour connaître des litiges à caractère international, même entre étrangers » (cf. arrêt *Scheffel*, Civ., 30 oct. 1962, D., 1963.109, R., 1963.387). La règle de compétence interne *ratione loci* ne fait que révéler, lorsqu'elle désigne un tribunal français, l'existence de cette compétence internationale. Elle ne la crée pas.

Si le législateur a affirmé expressément le principe de compétence internationale lorsque l'une des parties est française (art. 14 et 15 C. civ.), c'est qu'il a entendu lui faire produire un effet spécial : obliger un tribunal à se déclarer spécialement compétent même lorsqu'aucun texte du Code de procédure civile ne le prévoit (en ce sens Jean FOYER, R., 1968, p. 111-112).

(2) M. D. HOLLEAUX (*op. cit.*, nos 96 à 98) parvient à la même conclusion par une voie différente. Il démontre que les règles de compétence internationale directe ont une fonction d'attribution, mais non d'exclusion, parce que le législateur français ne peut pas empêcher un juge étranger de se déclarer compétent. C'est exact, mais le problème n'est pas de compétence, il est d'efficacité : or, nous pouvons empêcher un jugement étranger de produire des effets en France.

E. — L'IDÉE QUE LES EXIGENCES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DOIVENT ÊTRE RESPECTÉES.

249. — L'incidence des règles coutumières de droit international public sur le contenu des règles relatives à la compétence internationale des juridictions a été mentionnée par M. Fragistas (1). Toutefois l'auteur signale que « ce n'est qu'à titre exceptionnel que les règles générales du droit international influencent la compétence judiciaire des juridictions nationales dans le cadre international » (2). L'impossibilité pour un tribunal d'ordonner un acte de pouvoir destiné à être accompli sur un territoire étranger en serait l'une des rares manifestations (3).

Cette rareté d'intervention du droit international public peut être constatée à l'égard de toutes les décisions, et non pas seulement à l'égard des jugements. En effet, pas plus qu'il n'a réparti entre les Etats la tâche de poser les règles de droit (4), le droit international public n'a distribué les compétences « décisionnelles » : « ... La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale ; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire, dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre, d'une manière générale, aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du

(1) « La compétence internationale en droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1961, *Rec.*, t. 104, p. 197.

(2) *Op. cit.*, p. 170.

(3) Sur cette impossibilité, v. Civ., 12 mai 1931, S., 1932.1.137, note Niboyet, refusant d'accueillir une action en nullité d'une saisie-arrêt pratiquée à l'étranger entre les mains d'un tiers-saisi étranger, et Cour d'appel de Venise, 3 févr. 1954, *Riv. dir. int.*, 1955.106, note Sperduti, refusant d'accorder l'exequatur à un jugement étranger ayant ordonné une saisie conservatoire de biens sis en Italie.

(4) V. *supra*, n° 111.

(5) Dans le premier cas existe cependant une impossibilité technique qui ne se retrouve pas dans le second : la législation de chaque Etat comporte qu'il serait possible d'interdire aux Etats de statuer par voie de *décision* dans tel ou tel domaine.

territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables » (1).

250. — Malgré sa généralité, la règle posée par la Cour Permanente de Justice Internationale comporte un correcteur, : l'Etat ne peut étendre son pouvoir de décision à des matières qui ne le concerneraient nullement. Pas de difficulté lorsque la matière en question fait elle-même l'objet d'une répartition de la part d'une règle précise du droit international public. Par exemple, si la République Fédérale Allemande décidait de déchoir un individu, titulaire de la double nationalité italienne et allemande, de sa nationalité italienne, nul doute qu'elle empiéterait sur une compétence réservée à l'Italie : la détermination de ses propres sujets est une prérogative qui appartient à chaque Etat.

Mais dès que la matière est constituée par les droits privés des individus, les limitations deviennent incertaines. Quand, par exemple, doit-on considérer que le transfert, par voie de décision, du droit de propriété d'un individu à l'Etat ou à un autre individu, excède les limites de la compétence de l'Etat ? Pour M. Verzijl (3) « une juridiction allemande par exemple, serait empêchée par des principes raisonnables de droit international public de considérer comme propriété de la République italienne des biens appartenant à une Société hollandaise qui aurait opéré en Italie avant d'y être nationalisée, mais qui au moment de la nationalisation se serait trouvée hors de l'emprise de l'Italie, même si la nationalisation en elle-même n'avait rien d'illicite ».

Ceci est relativement facile à admettre. Mais plus on demande de précision à la règle de droit international public, plus il y a lieu d'hésiter sur son contenu. Or, un principe incertain ne peut être d'aucune aide pour élaborer une règle. On ne trouvera donc que dans les principes très généraux, mais certains, du droit international public, une indication utile.

* * *

251. — Des diverses raisons qui incitent la jurisprudence à limiter les cas dans lesquels les jugements étrangers sont efficaces, nous ne retenons en définitive que deux : la nécessité de respecter les règles de droit international public, et celle de tenir compte du caractère exclusif de certains critères de compétence internationale directe.

(1) Affaire du *Lotus*, C.P.J.I. arrêt du 7 sept. 1927, série A, p. 18-19.

(2) V. *supra*, n° 186.

(3) « The relevance of public and of private international law respectively for the solution of problems arising from nationalization of enterprises », *Z. für ausl. öff. Recht und V.*, 1958, p. 531 et s.

En matière d'effet des jugements étrangers, la première de ces deux considérations ne joue que de façon rarissime (1), et la seconde ne devrait avoir aucun rôle (2); pratiquement aucun jugement étranger ne devait donc, sauf fraude, se voir refuser l'exequatur ou la reconnaissance, sous prétexte de l'incompétence du tribunal qui l'a rendu. Mais il en ira peut-être différemment quant aux actes publics et aux décisions législatives (3),

Il reste à voir si les caractères particuliers de ces deux catégories de décisions ne motivent pas l'adoption d'autres principes pour l'élaboration des règles de compétence internationale indirecte qui doivent s'appliquer à elles.

* * *

§ 2. — Recherche de principes particuliers aux actes publics et aux décisions législatives.

252. — La nouveauté du problème ne permet pas d'acquérir la certitude de n'omettre aucune des exigences qui peuvent faire obstacle à l'efficacité des décisions législatives et des actes publics étrangers.

En raisonnant sur un aussi grand nombre d'exemples concrets que possible, nous avons constaté que la quasi-absence de limites à l'efficacité des décisions étrangères ne conduit à des résultats choquants que dans une seule hypothèse : celle des décisions qui, n'étant rendues en application ni en conformité d'aucune règle, dérogent au droit commun (4).

253. — Si elles ne sont pas toujours choquantes, les décisions qui dérogent au droit commun sont toujours légitimement suspectes. Elles perturbent les prévisions des particuliers, fondées sur les règles; elles sont le moyen pour un législateur d'accorder des privilèges aux uns ou de spolier les autres. Nous avons mentionné (5) que pour certains auteurs, parmi lesquels Dabin, les décisions législatives dérogatoires au droit commun sont incompatibles avec « l'idée de légalité qui s'est formée au cours de l'histoire » dans les régimes démocratiques. Sans aller si loin, on peut admettre que la conformité de ces décisions à l'ordre public international est sujette à caution. Le législateur ne doit déroger au droit commun en faveur ou au préjudice d'un ou plusieurs sujets de droit que s'il a un motif

(1) V. *supra*, n° 249.

(2) V. *supra*, n° 247.

(3) V. *infra*, section II.

(4) C'est le cas de la plupart des décisions législatives; ce n'est le cas ni des actes publics ni des jugements.

(5) Cf. *supra*, n° 83.

particulier et pressant pour le faire. Il est dans le rôle normal des juridictions étrangères devant lesquelles se pose le problème de l'efficacité de telles décisions de vérifier que leur existence est bien *justifiée par une finalité en elle-même légitime*, par exemple la réalisation d'une certaine politique économique.

Or la finalité de la décision — et l'on en revient par ce biais au problème de la compétence internationale indirecte — peut seulement justifier qu'elle s'applique aux situations qui présentent un certain lien, variant avec chaque finalité, avec l'Etat dont elle émane.

254. — Il faut donc se poser, pour chaque type de décisions, trois questions :

1° Quelle est la motivation de leur existence ?

2° Cette motivation est-elle légitime, constitue-t-elle une justification ? Si la réponse est négative, aucune efficacité ne peut être accordée aux décisions, qui sont contraires à l'ordre public.

3° *Quelles situations le type de décisions doit-il viser pour que la finalité qui le justifie soit réalisée ?* Le domaine d'efficacité doit comprendre toutes ces situations (sauf intervention d'un autre motif d'inefficacité) mais seulement elles.

* * *

255. — En définitive, les principes à retenir pour l'élaboration des règles de compétence internationale indirecte nous semblent donc être au nombre de trois : les deux principes communs à toutes les décisions (1) et le principe particulier aux décisions dérogatoires au droit commun.

Quelques exemples vont nous permettre de voir comment ces principes peuvent être mis en œuvre.

SECTION II

EXEMPLES D'ÉLABORATION DE RÈGLES DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE INDIRECTE.

256. — Nous envisagerons, à titre d'exemple, quatre catégories de décisions :

- les expropriations et nationalisations,
- les moratoires,
- les divorces législatifs,
- et les actes de protection des mineurs.

(1) V. *supra*, n° 251.

§ 1. — Expropriations et nationalisations (1).

257. — Affranchis de l'obligation d'appliquer une règle de conflit de lois, puisque le problème est selon nous un problème de conflit de juridictions, nous nous trouvons sur un terrain vierge. Nous pouvons donc rechercher en toute liberté le contenu des règles de compétence internationale indirecte qu'il serait le plus opportun d'adopter, en nous inspirant des trois principes que nous avons retenus à cette fin.

Le principe du respect de la compétence exclusive de l'Etat du for n'a d'application que dans l'hypothèse où le caractère exclusif résulte de l'intention clairement exprimée du législateur : ce n'est jamais le cas en notre matière.

En raison du bouleversement brutal qu'elles apportent dans le patrimoine sur lequel pouvaient légitimement compter les individus dépossédés et qui les rend *a priori suspectes*, les expropriations et nationalisations doivent surtout être examinées sous l'angle de la *justification* que l'on peut déduire de leur *finalité* : étant donné une certaine finalité, supposée légitime, de la mesure, quel champ d'efficacité faut-il lui conférer pour qu'elle atteigne entièrement son objectif, sans le dépasser ? Telle est la question essentielle que nous serons amenés à nous poser dans les développements qui vont suivre.

Ces restrictions tirées de l'ordre public seront parfois confirmées par un principe de droit international public ; en effet, si aucune finalité légitime ne semble justifier la mesure, il est probable que l'Etat a agi dans le but de s'enrichir aux dépens d'un autre : car c'est une particularité des expropriations et des nationalisations, que de profiter à l'Etat auteur de la décision, éventuellement au détriment d'un autre Etat. Le droit international public doit ici, évidemment, intervenir.

Toute discrimination entre victimes de la mesure, selon leur nationalité, serait également contraire au droit international public.

258. — L'expropriation d'un bien n'appartenant pas à une entreprise ou à une personne morale nationalisée étant une opération plus simple que la nationalisation, et qui a posé beaucoup plus tôt aux juristes le problème de son efficacité à l'étranger, nous suivrons un plan à la fois logique et chronologique en étudiant successivement dans cet ordre expropriations accomplies sans nationalisation et nationalisations.

(1) Rappelons que nous utilisons le terme « expropriation » pour désigner le transfert ou la suppression par voie d'autorité de droits patrimoniaux, isolément considérés, même lorsqu'ils font partie d'une unité, soit juridique (société, association, syndicat), soit économique (entreprise individuelle), soit à la fois économique et juridique (entreprise sociétaire) qui a fait l'objet d'une « nationalisation ».

A. — EXPROPRIATIONS ACCOMPLIES SANS NATIONALISATION.

259. — La justification des expropriations accomplies sans nationalisation, facteur essentiel pour la détermination de leur champ d'efficacité, peut dépendre de la nature des biens expropriés : immeubles, meubles, biens incorporels.

a) *Immeubles.*

1° L'immeuble est situé sur le territoire de l'Etat expropriant.

260. — L'efficacité de principe de la décision par laquelle un Etat exproprie un immeuble situé sur son territoire est universellement admise. Aucun Etat n'est plus intéressé par le statut juridique de l'immeuble, ni mieux en mesure de faire exécuter la décision qu'il a prise à son égard. Cela est si vrai que les hypothèses dans lesquelles les juridictions d'un autre Etat pourraient être requises de prêter main forte, soit à l'Etat, soit au contraire aux personnes dépossédées, sont exceptionnelles : l'immeuble ne se déplaçant pas, seul l'Etat sur le territoire duquel il est situé peut exercer un pouvoir sur lui. Cependant, l'immeuble peut donner des fruits ou fournir des produits. C'est à l'occasion de leur transfert à l'étranger que la question de l'efficacité de l'expropriation se pose.

L'efficacité devra être admise si la mesure n'est contraire à l'ordre public ni dans son contenu, c'est-à-dire si elle est accompagnée d'une indemnité sérieuse ou d'une promesse sérieuse d'indemnité sérieuse, ni par son but — si par exemple celui-ci est de permettre à l'Etat d'exploiter lui-même ses richesses naturelles (1).

Il n'est pas nécessaire en principe que l'immeuble exproprié soit la propriété d'un national de l'Etat expropriant : la jurisprudence ne l'a jamais exigé (2). On ne peut s'attendre en effet, dès lors que la mesure en elle-même est justifiée, à ce que les

(1) Les Tribunaux de Venise (4 mars 1953, *Internat. and Comp. Law Q.*, 1953.628) et de Rome (13 sept. 1954, R., 1958.519, note de Nova) ont donné effet à l'expropriation du droit d'exploiter des gisements pétrolifères situés en Iran, prononcée par l'Etat iranien au détriment de la Société Anglo-Iranian Oil Company. La Haute Cour de Tokyo, également saisie par l'Anglo-Iranian Oil Company, s'est prononcée dans le même sens (*A.I.O.C. c/ Société Indemitsu Kosan* (1953), *Int. Law. R.*, 305). En revanche, la Cour suprême d'Aden a refusé de reconnaître l'expropriation en se fondant sur la contrariété de son contenu avec l'ordre public (*A.I.O.C. c/ Jaffrate*, 9 janv. 1953, J., 1956.713). Le Tribunal de grande instance de Paris (jugement du 20 nov. 1972, J., 1973.227, note Kahn) a affirmé, à propos de l'expropriation par le Chili de gisements de cuivre, que « l'Etat chilien [était] habilité à prendre souverainement les mesures propres à faire valoir les ressources naturelles de son territoire national », tout en réservant la possibilité d'une contrariété de la mesure avec l'ordre public pour le cas où une indemnité équitable n'aurait pas été fixée.

(2) Arrêts précités des Tribunaux de Venise et de Rome.

étrangers jouissent d'un traitement de faveur. Mais, au stade actuel d'évolution des relations internationales, il n'y a pas de raison qu'ils fassent pour autant l'objet d'un traitement discriminatoire : une expropriation motivée par la qualité d'étrangers des propriétaires serait contraire au droit international public (1) sous la réserve de l'existence d'un traité l'autorisant, par exemple le traité consacrant l'accession d'un Etat à l'indépendance.

2° L'immeuble est situé hors du territoire de l'Etat expropriant.

261. — On imagine mal un Etat expropriant un immeuble situé hors de son territoire, si ce n'est en tant qu'il constituerait un élément du patrimoine d'une entreprise ou d'une personne morale nationalisée. Néanmoins il est intéressant de déterminer les raisons qui justifieraient le refus d'efficacité en France aux décisions de législateurs étrangers qui sortiraient de leur réserve habituelle sur ce point.

Pour MM. Batiffol et Lagarde, l'expropriation d'un immeuble situé à l'étranger serait contraire aux « requêtes premières de l'indépendance des Etats » (2). Nombreux sont les auteurs qui professent le même point de vue (3), mais ils se contentent de procéder par voie d'affirmation, comme si son exactitude ne pouvait être mise en doute (4).

Pourtant, dans des matières voisines, il ne paraît pas choquant de voir une norme désigner l'attributaire d'un bien corporel sis à l'étranger : c'est ainsi que la succession *ab intestat* aux meubles est soumise à la loi du dernier domicile du défunt. Il est donc nécessaire

(1) En ce sens VERZIJL, « The relevance of public and private international law respectively for the solution of problems arising from nationalization of enterprises », *Z. für ausl. öff. Recht und V.*, 1958, p. 536.

(2) *Traité*, n° 523.

(3) V. notamment SARRAUTE, « Effet actuel des nationalisations en droit français », *Travaux de la Commission de droit international privé*, 6^e Congrès de l'Association internationale des juristes démocrates, p. 36 et s. ; DICEY, *Conflict of Laws*, 1949, p. 560 ; VAN HECKE, *Rev. dr. internat. et dr. comp.*, n° spécial 1950, p. 57 ; MASSOURIDIS, *Rev. hellénique de droit international*, 1950, p. 60 ; DOMKE, *The Western Political Review*, mars 1951 ; GOODRICH, *Handbook of the Conflict of Laws*, p. 149 ; GUGENHEIM, *Lehrbuch des Völkerrechts*, t. 3 et 4, p. 332 ; OPPENHEIM, *International Law*, t. 1, § 123 et s. ; NIBOYET, *Cours de droit international privé*, 1946, p. 509 ; LAPRADELLE, note D.P., 38.2.17 ; ROUSSEAU, *Droit international public*, nos 248 et s. ; SIBERT, *Droit international public*, t. I, nos 174 et s., 187 et s.

(4) Par exemple M. SARRAUTE : « Un Etat, pas plus qu'il n'a compétence pour modifier le statut de la propriété d'un pays étranger, n'a le pouvoir de donner en dehors de son territoire force obligatoire à des décisions imposant, dans un intérêt public, un transfert de propriété. C'est là une application pure et simple du principe de la souveraineté des Etats et de la répartition internationale des compétences » (*op. cit.*, p. 37) ; M. SEIDL-HOHENVELDERN : « La solution la plus logique réside dans l'acceptation de la maxime suivant laquelle chaque Etat a le droit souverain de déterminer le sort de toute propriété située à l'intérieur de ses frontières » (« Extraterritorial effects of confiscations and expropriations », *Modern Law Review*, 1950, p. 69).

de corroborer un principe trop vague par des considérations tirées des particularités de l'opération en cause : il s'agit de l'attribution à l'Etat par voie *autoritaire* d'un bien *immobilier*. C'est ce qu'a souligné M. Batiffol au cours de sa communication au Comité français de droit international privé (1) : « Si l'on pense que, quand l'Etat étranger — qui jouit de l'immunité de juridiction — aura acquis des propriétés immobilières, il n'aura à rendre compte à personne de ce qu'il fait, et pourra acquérir par ses ressortissants des forêts entières dans lesquelles il pourra parachuter ce qui lui plaira sans que l'autorité locale ait rien à dire, sauf sur le terrain diplomatique et du droit international, cela paraît, tout de même, pour le droit privé, une voie un peu dangereuse » (2). Cependant, ces raisons ne nous paraissent pas imposer dans tous les cas et nécessairement aux tribunaux de refuser effet à la norme étrangère. Puisque l'Etat étranger jouit de l'immunité de juridiction, les tribunaux n'auront, de toute façon, pas l'occasion de lui faire savoir qu'ils ne le considèrent pas comme propriétaire des terrains expropriés : il n'y a donc pas là un argument en faveur de l'adoption d'une règle d'inefficacité. Il est vrai que les ressortissants de l'Etat expropriant auxquels l'immeuble sera attribué ou qui l'occuperont effectivement ne jouiront pas de l'immunité de juridiction. Mais il faut croire que l'occupation ou l'appropriation d'un immeuble par des ressortissants étrangers n'est pas si dangereuse, puisque aucune règle n'empêche un étranger de les réaliser par la voie d'une acquisition contractuelle ou légale.

C'est donc uniquement le *procédé d'appropriation* qui est choquant. Non parce qu'il implique nécessairement l'usage de la force, qui ne peut être le fait de l'Etat étranger sur un territoire qui n'est pas le sien : nous accordons l'exequatur aux jugements étrangers, pourquoi ne l'accorderions-nous pas aux décisions législatives ? Mais *parce qu'il s'agit d'une mesure d'exception bénéficiant de surcroît à celui qui la prononce, donc doublement suspecte, et que ne semble justifier aucun lien entre l'Etat et l'immeuble objet de la mesure*.

Il y a ici, nous semble-t-il, un mélange de l'idée d'ordre public, dans le rôle particulier que nous avons décrit (3), et de celle de droit international public, dans la mesure où le principe selon lequel un Etat ne peut, par une décision unilatérale, s'enrichir aux dépens d'un autre, relève certainement de cette branche du droit.

262. — Cependant on pourrait imaginer qu'un Etat confisque un immeuble sis sur le territoire d'un Etat étranger, parce qu'il a

(1) *Travaux*, 1962-1964, p. 181.

(2) M. F. A. MANN (« The doctrine of jurisdiction in international law », *Cours Acad. Droit internat.*, 1964, *Rec.*, t. 111, p. 62), fait remarquer également que, si l'on admettait l'extraterritorialité, « la décision d'un Etat aurait sur un autre Etat un effet plus grand que l'expédition d'un bataillon de soldats ».

(3) V. *supra*, nos 252 à 254.

appartenu à un de ses nationaux victime d'une mesure de spoliation au cours d'une précédente guerre, et dans le but de le restituer à son propriétaire légitime (1). Si la réalité de la spoliation a été établie avec certitude à l'issue d'une procédure présentant de suffisantes garanties pour l'exproprié, rien ne peut choquer dans le *contenu* ni dans le *but* d'une telle mesure. Et si de son côté l'Etat du lieu de situation de l'immeuble a décidé de consacrer ses efforts à la réparation des seules spoliations subies par ses propres nationaux, on ne voit pas quelle objection (à part le fameux principe, dont le bien-fondé reste à démontrer, de la territorialité des expropriations) il pourra raisonnablement élever contre la décision étrangère.

Cette hypothèse est purement d'école. Elle montre cependant que si le principe de l'absence d'effet extra-territorial est *en pratique* satisfaisant, c'est seulement parce que, s'agissant de biens isolés, on n'a guère l'occasion de voir des expropriations justifiées par un lien autre que le lien territorial; mais ce lien est *concevable*; s'il existait dans un cas, il faudrait donner effet à l'expropriation. Cette constatation est ici sans portée pratique, car la jurisprudence ne présente aucun exemple d'expropriation par un législateur d'un bien immobilier sis hors de son territoire. L'intérêt apparaîtra quand nous étudierons les effets des mesures de nationalisation.

b) Meubles.

263. — En matière d'expropriation de meubles comme en matière d'expropriation d'immeubles, la circonstance de rattachement la plus classique est le lieu de situation du bien. Les auteurs ne distinguent d'ailleurs pas suivant la nature, mobilière ou immobilière, du bien et se réfèrent toujours au principe de la souveraineté de l'Etat sur son territoire (2).

La jurisprudence française ne semble pas avoir eu l'occasion de consacrer l'aspect positif du principe de la territorialité, c'est-à-dire l'*efficacité* des expropriations portant sur des biens situés sur le territoire de l'Etat qui y procède. La jurisprudence anglo-saxonne est plus riche en décisions. Elle invoque en général la doctrine de l'*Act of State* (3) d'après laquelle un juge n'a pas compétence pour

(1) Cette vocation de l'Etat de la nationalité des victimes est établie par les nombreux Traités conclus entre les pays auteurs des mesures de spoliation et les pays dont les victimes sont ressortissantes. Ces Traités fixent une indemnité globale, que l'Etat de la nationalité des victimes est chargé de répartir entre les divers ayants droit. V. sur cette pratique les diverses études entreprises à l'initiative du *Procedural Aspects of International Law Institute*, et notamment, sur la pratique française, Burns H. Weston, *International Claims : Postwar French Practice*, Syracuse University press, 1971.

(2) V. les auteurs cités *supra*, p. 194, note (3).

(3) V. par exemple *Oetjen c/ C. Leather Co*, 246 U.S. 297 (1917); *Ricaud c/ American Metal Co.*, 246 U.S. 304 (1917); *Frenkel and Co., Inc. c/ l'Urbaine Fire Insurance Co*, 251 N.Y. 243 (1929).

apprécier l'acte accompli par un Etat étranger lorsqu'il est relatif à des biens situés sur le territoire de cet Etat. Une réaction s'est produite récemment contre cette théorie (1), mais la territorialité de l'expropriation reste la solution positive même lorsque la théorie de l'*Act of State* est écartée : elle est alors fondée sur la compétence de la *lex rei sitae* en la matière (2).

Bien que certains arrêts mentionnent le fait que le propriétaire exproprié était ressortissant du pays expropriant (3) cette condition n'est pas en principe exigée (4). Mais une mesure discriminatoire ne visant que les ressortissants d'un pays étranger serait certainement contraire au droit international public, sous la seule réserve de l'existence d'un traité signé par les deux pays l'autorisant expressément.

L'aspect négatif du principe de la territorialité, c'est-à-dire l'*inefficacité* des expropriations portant sur des biens non situés sur le territoire de l'Etat qui y procède, est affirmé, dans la jurisprudence française, par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 décembre 1950 (5); un arrêt de la Cour de cassation du 14 mars 1939 peut être invoqué dans le même sens (6). La jurisprudence anglo-saxonne limite en principe le domaine de la doctrine de l'*Act of State* aux cas où le bien exproprié est situé dans le pays expropriant (7).

264. — Le caractère absolu et automatique du principe de la territorialité encourt les mêmes critiques lorsque l'expropriation porte sur un meuble que lorsqu'elle porte sur un immeuble (8).

(1) Cf. la résolution du barreau de New York du 12 mai 1959, *A.J.I.L.*, 53 (1959), p. 635. Un texte voté par le Congrès le 7 octobre 1964 et connu sous le nom d'« Amendement Sabbatino » limite considérablement le champ d'application de la doctrine. Celle-ci n'a cependant pas disparu : v. J. COMBACAU, « La doctrine de l'*Act of State* aux Etats-Unis, développements récents », *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1973.35.

(2) *Bank voor Handel en Scheepvaart c/ Slatford* (1951), *AELR* 779 (1953) 1 *QB* 248.

(3) *Oetjen c/ C. Leather Co.*, 246 U.S. 297 (1917).

(4) Cf. pour les Etats-Unis *Ricaud c/ American Metal Co.* 246 U.S. 304 (1917). Cependant les tribunaux des Etats fédérés manifestent une certaine tendance à refuser effet à des mesures de spoliation concernant des citoyens américains : cf. *Frenkel and Co. Inc. c/ l'Urbaine Fire Insurance Co.*, 251 N.Y. 243 (1929).

(5) *R.*, 1955.500, note Mezger, *J.*, 1952.1200. Cet arrêt est relatif à la nationalisation de la Société tchécoslovaque Hardmuth : sa solution vaudrait *a fortiori* pour une expropriation accomplie sans nationalisation.

(6) *S.*, 1939.1.182, *R.*, 1939.280. Cet arrêt a déclaré que la décision, par le gouvernement espagnol, d'indemniser les propriétaires de biens meubles (il s'agissait de potasses déjà extraites) dépouillés par une expropriation antérieure, n'effaçait pas la contrariété à l'ordre public de cette dernière mesure, pour la raison qu'elle intervenait à un moment où les biens expropriés avaient quitté le territoire espagnol. Sur l'interprétation de l'arrêt quant à la circonstance de rattachement adoptée, cf. H. BATIFFOL, *La propriété privée*, p. 179.

(7) *Bollach c/ Société générale*, 263 App. Div. 601 (N.Y. 1942); *Plesch c/ Banque nationale de la République de Haïti*, 273 App. Div. 224 Aff'd 298 N.Y. 573 (1948); *Moscow Fire Ins. Co. c/ Bank of New York*, 280 N.Y. 286 (1939).

(8) *V. supra*, n° 261.

Ces critiques ont même ici plus de force car, en raison de leur mobilité même, les meubles sont moins énergiquement rattachés que les immeubles à l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent à un moment donné : d'une part, leur présence peut n'y être qu'accidentelle ; d'autre part, le concours de l'Etat où ils se trouvent au moment de l'expropriation n'est pas toujours nécessaire pour que celle-ci entre effectivement en vigueur : il se peut que le meuble soit par la suite, soit volontairement, soit sous la menace d'une coercition sur la personne du propriétaire ou d'une exécution sur ses autres biens, amené dans le pays expropriant ou dans un pays tiers.

265. — Si l'on recherche le domaine d'efficacité des diverses mesures d'expropriations dans leur finalité, qui varie de l'une à l'autre, on s'aperçoit que le principe de la territorialité, tant dans son effet négatif que dans son effet positif, doit parfois être écarté. Nous allons le montrer à l'aide de quelques exemples.

266. — *Premier exemple* : La présence d'un navire dans les eaux territoriales d'un Etat ou dans l'un de ses ports ou celle d'un aéronef sur l'un de ses aéroports, ne nous semble pas être de nature à l'autoriser à le saisir dans le but de se l'approprier.

Il nous semble en effet que s'il est légitime qu'un Etat s'approprie les navires ou aéronefs qui constituent sa flotte marchande, il ne peut en revanche leur adjoindre des unités prélevées sur la flotte d'autres Etats ; ce faisant, il agirait, non dans le but légitime de contrôler et d'organiser par lui-même son commerce maritime ou aérien, mais dans celui, insusceptible de justifier l'expropriation, de s'enrichir aux dépens d'autres Etats. Or la flotte marchande d'un Etat ne comprend pas les navires ou aéronefs qui se trouvent à un moment donné sur son territoire : en raison du caractère essentiellement mobile de ces biens, sa composition varierait en effet à chaque instant. Le fait qu'un avion se pose sur l'aérodrome d'Orly n'augmente pas notre flotte aérienne d'une unité, et n'autorise donc pas l'Etat français à le réquisitionner pour en faire cadeau à la Compagnie Air France. Le seul élément de stabilité dans la situation juridique d'un navire ou d'un aéronef est l'existence d'un *port d'attache*. Pourquoi donc ne pas admettre qu'un Etat peut exproprier tous les navires et tous les aéronefs qui ont sa « nationalité » et ne peut exproprier qu'eux ?

Cette solution a été admise par les tribunaux de plusieurs pays dans les ports desquels se trouvaient, durant la seconde guerre mondiale, des navires norvégiens frappés par le gouvernement norvégien en exil d'une mesure de réquisition. Si les pays alliés ont allégué, en faveur de l'effet extra-territorial, le fait qu'eux-mêmes et la Norvège étaient « engagés ensemble dans une guerre désespérée pour leur existence » (1), les pays neutres se sont contentés d'affirmer

(1) *Lorentzen c/ Lydden* (1942) 2 K.B. 202, *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1941-42, p. 131, J., 1940-1945.126.

la « validité légale de la réquisition » (1). Dès avant la guerre, la Cour suprême des Etats-Unis avait reconnu l'expropriation par le gouvernement espagnol d'un navire espagnol non présent dans les eaux territoriales espagnoles (2). En invoquant l'absence d'indemnité pour refuser en 1928 de reconnaître des mesures d'expropriation par le gouvernement de l'U.R.S.S. de navires soviétiques mouillés dans le port de Marseille, la Chambre des Requêtes a admis implicitement l'efficacité de principe de la réquisition par un Etat d'un navire battant son pavillon, quelle que soit sa situation (3).

On remarquera que la solution est en opposition avec celle qui admet qu'un navire puisse être saisi, à la requête des créanciers de l'armateur, par les autorités du pays où il se trouve. *C'est la raison d'être des deux décisions qui explique la différence de leur domaine d'efficacité.* La saisie judiciaire n'est pas une opération suspecte parce qu'elle est de droit commun et que l'Etat n'y procède pas dans son intérêt propre, mais dans celui de la justice. Il faut et il suffit donc qu'il soit commode pour l'Etat de l'exécuter. En revanche une expropriation par décision législative, dérogoire au droit commun, n'est efficace que si elle est justifiée par un intérêt légitime, que n'implique pas nécessairement la simple commodité d'exécution.

267. — Deuxième exemple. Le lien entre l'Etat et le bien peut aussi résider dans la nationalité de son propriétaire. Un Etat peut être légitimement conduit, en période de crise, à exiger de ses citoyens un effort particulier dans le sens d'une politique de redressement économique ou financier. Il n'y a aucune raison de distinguer suivant la situation du bien réquisitionné ; ce serait même un encouragement à la fuite à l'étranger des richesses du pays aux premières annonces de l'intention du Gouvernement.

Un exemple d'une mesure dotée d'une telle portée est la loi française du 26 décembre 1945 (4) sur la réquisition de l'or, des devises et des valeurs mobilières, qui ne frappait que les biens des Français résidant habituellement en France, mais les frappait même s'ils étaient situés hors de France. Commentant cette loi, Niboyet a écrit : « L'action de notre pays expire aux frontières, et il ne peut exercer directement aucune main mise sur les biens sis à l'étranger. Toutefois, rien ne l'empêche d'obliger les Français à lui transférer leurs droits, et c'est ce qu'il fait sous la menace de sanctions pénales énergiques qui suffiront très souvent. En ce sens, on ne peut plus parler de la territorialité de la loi française, car elle frappe des biens,

(1) Cour suprême de Suède, 21 mars 1942.

(2) *Compañía Española c/ Navemar*, 303 U.S. 68 (1938).

(3) Req., 5 mars 1928, D., 1928.1.81, S., 1929.1.217, R., 1929.288, J., 1928.674. Les décisions litigieuses étaient en réalité des nationalisations, mais la Chambre des requêtes a raisonné, à cette époque où le problème était nouveau, comme s'il s'était agi d'expropriations (cf. H. BATIFFOL, *La propriété privée*, p. 171).

(4) J.O., 27 déc. 1945, Gaz. Pal., 1945.2.487.

bref des faits de l'étranger, mais elle assure l'exécution de cette mesure par des voies de fait qui, elles, peuvent s'exercer en France de façon immédiate. Sous cette réserve l'Etat français sera obligé de subir l'action de la *lex rei sitae* étrangère pour toutes les conditions qu'elle édictera à son égard. Il ne peut faire prévaloir la loi française que dans ses rapports personnels avec le propriétaire» (1).

Ce n'est là que l'analyse des rapports de force entre le propriétaire et l'Etat expropriant d'une part, entre cet Etat et celui de la situation du bien d'autre part. Le pays du lieu de situation des biens peut effectivement (par exemple dans le but d'inciter les étrangers à placer leurs capitaux dans ses banques) refuser de prêter le concours de sa force publique à l'Etat expropriant. Mais cette remarque ne suffit pas à écarter toute possibilité d'extra-territorialité. D'une part il n'est pas *interdit* à l'Etat du lieu de situation d'aider l'Etat étranger à réaliser sa politique (2). D'autre part et surtout, la vision la plus objective du problème est celle que peut en avoir la juridiction d'un *Etat tiers*, saisie par l'Etat expropriant à l'occasion de la présence accidentelle, postérieurement à la promulgation de la loi, d'un bien exproprié. S'agissant d'une mesure régulière, non contraire au droit international public ni à l'ordre public, l'Etat tiers n'a aucune raison de débouter l'Etat expropriant. Cette solution ne fait en tout cas aucun doute lorsque l'Etat où le bien était situé au moment de l'expropriation a manifesté son intention, à propos d'autres biens, d'appuyer la politique de l'Etat expropriant.

En revanche, l'application de la mesure de réquisition aux biens, même situés sur le territoire, qui appartiennent à des étrangers, est injustifiée. C'est la solidarité nationale qui est invoquée; la mesure doit donc s'adresser aux seuls nationaux, ou à la rigueur aux étrangers domiciliés sur le territoire national.

Seule l'urgence pourrait justifier la réquisition de biens meubles appartenant à des étrangers non domiciliés dans le pays expropriant. Lorsque, au début d'une guerre civile, le gouvernement espagnol s'approprie des potasses extraites du sol espagnol afin d'en tirer les ressources nécessaires à son combat contre les insurgés (3), ou lorsqu'un général mexicain saisit au Mexique des biens meubles et les vend, à titre de contribution militaire au cours d'une révolution (4), l'urgence des mesures prises justifie seule qu'elles se soient appliquées aux meubles situés sur le territoire, indépendamment de la nationalité de leurs propriétaires.

(1) *Traité*, t. IV, n° 1205 bis.

(2) Pour M. VERZIJL (*op. cit.*, *supra*, p. 151, note 3), « la thèse d'après laquelle une juridiction ne peut pas assister un Etat étranger à obtenir sa propriété correctement acquise est contraire au droit international public ».

(3) V. Civ., 14 mars 1939, précité, n° 263.

(4) V. *Oetjen c/ C. Leather Co.*, précité, n° 263.

c) *Biens incorporels.*

268. — La quasi-unanimité réalisée en doctrine et en jurisprudence sur l'application de la *lex rei sitae* à l'expropriation des objets corporels (ou sur le caractère territorial de cette mesure, ce qui en pratique revient au même) fait place à une certaine diversité des tendances lorsque le bien exproprié est incorporel. Dans la majorité des cas cependant, on a tenté d'utiliser le rattachement adopté quant au régime du droit incorporel pour résoudre le problème de l'efficacité de son expropriation : ainsi en matière de créances et de dettes (1), de droits sociaux (2), de droits de propriété littéraire, artistique ou industrielle (3).

L'abandon de la méthode du conflit de lois restitue aux tribunaux toute leur liberté dans la recherche des rattachements les mieux adaptés à la nature spécifique des problèmes qu'ils ont à résoudre, que le bien exproprié soit une créance, un titre d'associé ou un droit de propriété intellectuelle.

1° Créances.

269. — L'expropriation de créances considérées indépendamment du patrimoine dont elles font partie peut se concevoir, mais l'observation montre quelle n'est pas pratiquée ; l'expropriation de biens corporels est sans doute plus facile à réaliser. Mais il est une mesure qui, bien qu'inspirée par des motifs entièrement différents, aboutit en pratique au même résultat pour le créancier : la dispense de payer accordée au débiteur.

La Chambre des Lords (4) s'est récemment prononcée sur les effets d'un décret grec dispensant la Société grecque Banque Nationale de Grèce et d'Athènes de payer « les obligations principales ou de garantie, résultant d'emprunts libellés en or ou en monnaie étrangère et incorporés dans des titres au porteur », émises ou cautionnées par l'une des deux sociétés qui avaient fusionné pour lui donner naissance, la Banque Nationale de Grèce et la Banque d'Athènes. Des porteurs anglais avaient assigné la Banque nouvelle

(1) H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 543 ; H. BATIFFOL, *La propriété privée*, p. 189 et s. ; F. GIVORD, « Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité », D., 1968, Chr, p. 15 et s. ; L. ANSELME-RABINOVITCH, « Les nationalisations d'Algérie devant les tribunaux français », *Banque*, 1966, p. 331 ; Cass. civ., 23 avr. 1969, notamment affaires *Phénix c/ C.F.C. et Richier c/ S.M.C.*, R., 1969.717, note Schaeffer.

(2) H. BATIFFOL, *La propriété privée*, p. 150 ; Cass. civ., 25 janv. 1966, D., 1966.390, note Loussouarn ; R., 1966.238, note Francescakis.

(3) Pour les marques, v. Cass. civ., 15 mars 1966, R., 1967.147 (affaire *Zeiss*) et la chronique Tullio Treves sur cet arrêt, R., 1967.23.

(4) Chambre des Lords, 19 mai 1960, *Adams et autres c/ National Bank of Greece S.A.*, R., 1961.712. V. sur cette affaire l'étude de M. J.-F. AUBERT, R., 1961.653, et les articles en langue anglaise cités par cet auteur (p. 653, note 1).

en exécution de la caution accordée en 1927 par l'ancienne Banque Nationale de Grèce à la Banque Nationale Hypothécaire de Grèce, émettrice d'obligations libellées en livres sterlings. Les juges, constatant que la dette était soumise au droit anglais, ont déclaré que la loi grecque ne pouvait l'éteindre (1).

Il s'agit là d'un raisonnement selon la méthode du conflit de lois, qui doit être écarté, puisque le décret grec constituait une décision. Il faut en réalité rechercher le domaine d'efficacité d'un texte de ce genre. On n'arrivera au même résultat pratique que si l'on décide de restreindre ce domaine aux seules dettes qui sont soumises à la loi de l'Etat qui a pris la décision.

Or ce rattachement nous paraît à exclure. La volonté des parties a un rôle prépondérant dans la détermination de la loi de la créance contractuelle précisément parce que le contrat est l'œuvre de leur volonté. Mais l'extinction dont il s'agit n'est pas voulue par les parties — tout au moins par le créancier — mais imposée par un Gouvernement (2). D'autre part, il nous semblerait choquant qu'un Etat puisse éteindre unilatéralement la dette qui résulte d'un emprunt international qu'il a lancé, et qui est normalement soumis à sa loi (3); également, que la Grande-Bretagne puisse dispenser toute partie à un contrat conclu aux conditions de la *London Corn Trade Association* et soumis comme tel à la loi anglaise (4), d'exécuter ses obligations.

Pour nous conformer à la méthode que nous avons jusqu'ici suivie, nous devons nous interroger sur la finalité de la décision, puis, l'ayant déterminée, et si elle est légitime, chercher quel domaine elle peut lui assigner rationnellement.

Il semble que dans l'espèce soumise à la Chambre des Lords, l'extinction de la dette ait été la conséquence, assez lointaine, de l'état de nécessité résultant de l'occupation de la Grèce au cours de la seconde guerre mondiale; elle fait suite en effet à un moratoire de novembre 1949, relatif aux titres libellés en monnaie étrangère, expressément fondé sur l'état de nécessité. Il faut donc adopter la même solution qu'en matière de moratoire: on verra plus loin (5) le contenu possible de cette solution.

2° Droits d'associé.

270. — Les droits d'associé constituent d'une part des valeurs patrimoniales, des éléments d'actif, d'autre part des pouvoirs d'agir sur

(1) V. notamment l'opinion du Vicomte SIMONDS, reproduite R., 1961, p. 713-718. M. J.-F. AUBERT (R., 1961, p. 659) raisonne de façon identique.

(2) Comp. LOUSSOUARN, J.C.P., 1968.I.2140, n° 12, à propos du sort des dettes des entreprises nationalisées.

(3) Pour cette soumission, v. arrêts de la C.P.J.I. du 12 juill. 1929, J., 1929, 1002.

(4) MM. BATIFFOL et LAGARDE, *Traité*, n° 593, indiquent cette possibilité.

(5) *Infra*, n° 285.

la vie de la personne morale. L'un ou l'autre de ces aspects peut intéresser le législateur.

α) *En tant que valeurs patrimoniales.*

271. — En tant que valeurs patrimoniales, les droits d'associé sont réquisitionnés par l'Etat soit dans le but de se les approprier, soit dans celui de les attribuer à autrui.

La première éventualité est analogue à l'expropriation des meubles corporels (1). Peu importe que le droit soit ou non incorporé dans un titre matériel, susceptible d'être géographiquement localisé, puisque seules la nationalité et le domicile du titulaire du droit doivent en principe être pris en considération (2). La nationalité de la société n'intervient pas, tant que le législateur n'est concerné que par la valeur pécuniaire des titres, et n'a nullement l'intention de contrôler la société.

272. — Il en va en principe de même lorsque l'Etat exproprie le droit pour l'attribuer à un individu — par exemple à l'ancien titulaire victime d'une spoliation. C'est toujours la valeur pécuniaire, du titre qui est en jeu, et la société ne se trouve pas modifiée par le remplacement de quelques-uns de ses membres.

Ce sont des considérations de commodité qui dictent aux Etats le domaine d'application de leurs mesures exceptionnelles de rétablissement des droits. Si un pays a été envahi par une puissance ennemie et que des actes de spoliation ont été commis sur son territoire, il est raisonnable qu'il procède lui-même aux restitutions. On pourrait concevoir, en ce qui concerne les ressortissants de pays étrangers ayant résidé à l'époque dans le pays occupé, que ce soit le pays de leur nationalité qui ordonne les restitutions et fixe leurs modalités. Sauf convention internationale entre les pays alliés et vainqueurs fixant une répartition différente des compétences quant aux restitutions, le tribunal d'un Etat tiers, requis de se prononcer sur les effets de telles mesures, devrait à notre avis les déclarer efficaces. Mais l'unité du régime des réparations est préférable, et l'Etat du lieu des actes de spoliation est le mieux placé pour la réaliser.

Dans les affaires *Royal Dutch*, dont nous avons parlé à plusieurs reprises (3), l'application des arrêtés royaux néerlandais à tous les porteurs d'actions de la société, quelle que fût leur nationalité, où qu'ils fussent domiciliés et où que se trouvassent leurs titres, était doublement justifiée. D'une part, toutes les valeurs mobilières

(1) La loi du 26 décembre 1945 réquisitionnait l'or, les devises et les valeurs mobilières des Français sans établir quant à son domaine d'application de distinction entre ces trois catégories de biens.

(2) V. *supra*, n° 267.

(3) V. *supra*, n° 165 et n° 216.

étaient des actions d'une même société, choisie en raison de l'importance particulière des spéculations qui avaient permis aux Allemands d'en acquérir les actions. La loi de la nationalité de cette société était la seule qui eût un lien avec toutes les valeurs expropriées ; elle permettait donc de réaliser l'unité dans les modalités de leur réquisition (1) (2). D'autre part, c'est en Hollande que les spoliations avaient eu lieu, la dispersion des titres étant postérieure, et due au fait que les Allemands spoliateurs les avaient écoulés, pour se procurer des devises, sur divers marchés étrangers (3).

β) *En tant que pouvoirs d'agir sur la vie de la personne morale.*

273. — L'acquisition autoritaire par un Etat, de parts d'une société qu'il désire contrôler ou dont il entend percevoir les bénéfices, constitue une forme insidieuse de nationalisation. La société n'est pas dissoute avec attribution de son actif à l'Etat ou à une autre société ; elle subsiste, mais l'identité de ses associés (ou l'importance respective de leurs parts) a changé au profit de l'Etat. Une conséquence intéressante de ce procédé pour l'Etat qui le pratique est qu'il lui permet de mettre la main indirectement sur les biens de la société situés à l'étranger, alors qu'une nationalisation se serait heurtée à la jurisprudence, que l'on verra (4), qui refuse de lui accorder un effet extra-territorial.

Il faut soigneusement distinguer deux problèmes : 1° l'Etat doit-il être considéré à l'étranger comme un nouvel actionnaire ? — 2° Les biens sis à l'étranger, de la société, sont-ils toujours sa propriété ? L'un et l'autre de ces problèmes doivent être examinés en rapport avec les nationalisations : le premier parce que l'intention du législateur ne diffère pas selon qu'il adopte une forme directe ou indirecte d'appropriation des biens sociaux et de mise sous contrôle de l'activité sociale, le second parce que seule l'assimilation de la confiscation des parts sociales à une nationalisation peut faire douter que la société reste propriétaire de ses actifs sis à l'étranger.

(1) Comp. les motifs de Trib. gr. inst. Seine, 29 juin 1966 (J., 1966.631) : « Il est logique de soumettre tous les porteurs d'une même société à une loi unique, indépendante de la situation des titres, ou de la nationalité des porteurs ; il est juste qu'il en soit ainsi non seulement en raison de la facilité qu'il y a de prévoir la loi ainsi applicable, mais encore en raison de l'unité et de l'égalité qu'elle instaure entre tous les associés ».

(2) Si la société avait été également ressortissante d'un autre pays en vertu du critère de nationalité adopté par ce pays, deux Etats auraient donc pu instaurer le rétablissement des liens du droit. Cela n'aurait pas été gênant si un seul des deux s'était attelé à cette tâche ; et en cas de conflit effectif, la première décision rendue l'aurait emporté.

(3) Cf. la déclaration de Londres de 1943 et le rapport de la Conférence de Bretton-Woods, en 1944.

(4) *Infra*, n° 275.

3° Autres biens incorporels.

274. — La jurisprudence n'offre pas d'exemple d'expropriation à titre particulier d'autres biens incorporels. Seules les nationalisations peuvent entraîner le transfert à l'Etat ou à une personne morale placée sous son contrôle des brevets, marques, noms commerciaux, droits de propriété littéraire ou artistique, etc. L'étude en sera faite dans les développements qui vont suivre.

B. — NATIONALISATIONS (1).

275. — Les mesures étrangères de nationalisation ont initialement été vues dans les pays capitalistes avec une telle défaveur que les tribunaux les considéraient systématiquement comme contraires à l'ordre public, qu'elles fussent ou non assorties d'une indemnité : elles apparaissaient contraires au principe « inviolable » du respect de la propriété privée.

Le recours de plus en plus fréquent à ces mesures dans les pays non-communistes a conduit la jurisprudence à adopter des vues moins rigoureuses. Certes, elle est encore encline à refuser de reconnaître, au nom de l'ordre public, les nationalisations accompagnées d'une indemnité notoirement insuffisante — encore que les exigences soient, ici aussi, en voie de diminution sensible (2).

Mais, sous cette réserve, le principe actuellement établi dans la plupart des pays occidentaux est l'efficacité des nationalisations quant aux biens situés au moment de leur promulgation sur le territoire de l'Etat nationalisant (3). La doctrine approuve en général ce principe (4).

D'assez nombreux auteurs sont partisans d'une admission encore plus large des nationalisations : celles-ci devraient être totalement efficaces, selon eux, quel que soit l'emplacement des biens transférés,

(1) Nous nous limiterons aux nationalisations d'entités à vocation économique, les nationalisations de syndicats ou d'associations posant des problèmes à notre avis différents.

(2) V. les décisions citées en ce sens par M. H. BATIFFOL, *La propriété privée*, p. 173 et *Traité*, p. 566, note 38 bis.

(3) V. notamment en ce qui concerne la jurisprudence française, Paris, 2 déc. 1950, S., 1954.2.121, note Plaisant ; R., 1955.500, note Mezger ; 25 juin 1958, J., 1959.1098, note Le Tarnec ; Trib. gr. inst. Seine, 9 juill. 1963, J.C.P., 1963.II.13434, note Level.

(4) V. notamment H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, n° 523 ; H. BATIFFOL, *La propriété privée*, p. 179 ; Communication précitée au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1962-1964, p. 181 ; HOLLEAUX, *Rev.internat. dr. comp.*, 1953.792 ; SARRAUTE, *Effet actuel des nationalisations en droit français* précité, p. 39 ; NIBOYET, *Traité*, t. III, n°s 1122 et s. ; FRIEDEL, *Juriscl. Droit internat.*, fasc. 550, n° 217 ; DE LA PRADELLE, « Effets internationaux des nationalisations », *Ann. inst. Dr. internat.*, 1952.251 ; SCHAEFFER, *Rép. Dalloz Droit internat.*, V° Nationalisation, n° 45 ; ADRIAANSE, *Confiscation in Private International Law*, 1956.

pourvu qu'elles aient été prononcées par l'Etat de la nationalité de la société ou du siège de l'entreprise (1). Certains maintiennent ce point de vue même lorsque la nationalisation n'est pas accompagnée d'une expropriation (2).

A vrai dire, les partisans de l'effet strictement territorial ne s'attachent pas pour autant à vérifier que la nationalisation est bien l'œuvre de l'Etat de la nationalité de la société. Ils posent en réalité une double exigence. D'une part la nationalisation n'a d'effet que si elle émane du pays de la nationalité de la société, seul compétent pour mettre fin à l'activité sociale. Si cette condition n'est pas remplie, ou si l'entreprise n'est pas exercée sous forme de société, on ne peut parler que d'une pluralité d'expropriations. D'autre part, en tout état de cause, la nationalisation n'est efficace qu'en tant qu'elle porte sur les biens situés dans l'Etat qui l'a prononcée.

Il paraît rationnel de distinguer également, pour l'étude de ces divers points de vue, le problème du principe de la nationalisation et celui de son étendue quant aux biens.

a) Le principe de la nationalisation.

276. — En dépit des différences considérables qui séparent les nationalisations pratiquées par les pays du camp socialiste de celles qui sont prononcées dans le monde capitaliste, on est dans l'un et l'autre cas en présence de la mainmise de l'Etat, afin de les orienter dans la direction qu'il juge souhaitable, sur un ou plusieurs secteurs de l'activité économique. Cette destination des nationalisations est le motif à justifier leur prononcé, quelle que soit l'idéologie qui les inspire.

Mais, l'on ne doit permettre à aucun Etat, sous prétexte de réalisation d'une politique économique, de s'approprier des biens qui ne sont pas englobés dans sa propre sphère économique. La décision ainsi prise, visant à enrichir l'Etat au détriment d'un autre Etat, serait contraire à la fois à l'ordre public et au droit international public (3).

(1) V. notamment R. SYSTRAIX, « En marge de quelques problèmes de droit international en rapport avec la nationalisation socialiste », *Travaux du 6^e Congrès de l'A.I.J.D.*, précité, p. 30 et s. ; L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Consultation des pays du Ch. Lederman, *op. cit.*, p. 30 ; SEIDL-HOHENVELDERN, *Internationales Rechtswesen und Europäerrecht*, 1952, p. 179 et s. ; W. LEWALD, *Rebels Z.*, 1950, 174. FARRER, « Some foreign effects of nationalization of property », *British Yearbook of Internat. Law*, 1950, p. 375 ; ROBLOT, « La politique des nationalisations et le droit international privé », *Droit social*, 1949, p. 49 ; VAN HAREN, « Nationalization and the conflict of laws », *Intern. Law Q.*, 1951, p. 531 ; SASSIARD et TROEN, « Les effets en France des nationalisations étrangères », *R. 1952, 113* ; DUCRY, *Conflict of laws*, 1949, p. 157.

(2) *Id.* Lederman, *op. cit.*, p. 129-135.

(3) V. supra, n^o 260, la même remarque à propos des expropriations inter-villes sans nationalisation.

277. — Le problème revient donc à rechercher les limites de la sphère économique d'un pays. Lorsqu'on dit qu'elles se confondent avec les limites du territoire, on ne résout pas entièrement la question car il faut encore préciser quelles personnes, quelles choses ou quels événements doivent être localisés sur le territoire.

Or ce qui constitue la vie économique d'un pays c'est la somme des *activités* des personnes physiques ou morales qui y sont établies de manière stable. Elles ne doivent évidemment pas être appréhendées au niveau individuel, mais à l'échelon auquel elles s'organisent et se regroupent : *les entreprises*. Tout Etat devrait donc pouvoir nationaliser les entreprises dont l'activité s'exerce sur son territoire (1).

L'idée que la notion d'entreprise doit être prise en considération pour déterminer le champ d'application d'une mesure de nationalisation a déjà été mise en avant par M. Loussouarn (2) pour justifier que le sort des dettes ne doit pas être séparé de celui de l'actif.

M. Batiffol (3) a objecté à ce point de vue le fait que le droit positif français est hostile à la constitution de patrimoines distincts affectés à une activité économique : « Nous ne sommes pas très favorables à ce qu'une personne détache ainsi son activité commerciale, en créant, par exemple, une société qui ne serait composée que d'un homme de paille et du propriétaire véritable, pour justement séparer son patrimoine véritable du patrimoine qu'elle affecte aux affaires : *a fortiori* y sommes-nous donc opposés s'il n'y a pas même création d'une société de façade ». Mais nous ne proposons pas de créer des patrimoines distincts : le patrimoine à nationaliser est seulement considéré intellectuellement comme distinct un instant de raison et visé comme tel dans la décision. Cela ne veut pas dire qu'on le suppose distinct en droit *avant* de le nationaliser ; et *après* son attribution à un nouveau titulaire, il se fond avec les autres éléments du patrimoine de celui-ci. Il n'y a là aucun moyen pour un commerçant de limiter sa responsabilité au-delà de ce que notre droit souhaiterait : pour cela il faudrait des *règles* donnant un statut juridique à l'entreprise. Une décision, imprévisible et instantanée (4), n'y suffit pas. D'ailleurs, même si l'Etat étranger ordonne que le patrimoine nationalisé reste distinct du patrimoine de celui à qui il a été confié, les conceptions du droit français n'ont pas à intervenir, puisque ce n'est pas lui qui a

(1) C'est l'élément qui a paru déterminant au législateur français en matière d'imposition des bénéfices des sociétés (art. 209 C.G.I.). Ce rapprochement n'est pas sans signification ; il semble normal que l'Etat qui peut exiger une participation aux profits de l'activité soit aussi celui qui puisse se substituer à l'agent économique dans l'exercice de cette activité : dans les deux cas se ressent la nécessité d'une intégration de l'entreprise dans la vie économique de l'Etat.

(2) J.C.P., 1968.I.2140. V. aussi Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, n° 225 et s.

(3) *La propriété privée*, précité, p. 192 et s., 139 et s.

(4) V. *supra*, n° 72 et s.

adopté la décision : c'est l'affaire de l'Etat nationalisateur et non la nôtre (1).

278. — Tous les problèmes ne sont pas cependant résolus lorsqu'on a décidé de limiter l'effet des nationalisations aux entreprises situées dans le pays qui nationalise. Il faut encore déterminer *quand* une entreprise est exercée à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire. Etant donné que tous les éléments disparates qui forment l'entreprise : biens corporels, emprunts, contrats de travail, contrats de fournitures, brevets, marques, etc., tirent leur unité de ce qu'il tendent à la réalisation d'un même objet économique, l'entreprise doit être considérée comme située au lieu où l'objet est réalisé. Si l'objet de l'entreprise est de vendre, sa situation est au lieu où se trouvent ses magasins ; s'il est de fabriquer, au lieu où elle fabrique ; s'il est d'extraire, au lieu où elle extrait, etc.

Il est possible que l'entreprise étende ses activités sur le territoire de plusieurs pays. Si elle a pour cela créé des établissements (2) dans ces pays, chaque établissement peut être nationalisé par l'Etat sur le territoire duquel il se trouve (3). Cette opération ne doit pas en principe se heurter à des difficultés pratiques insurmontables, car les établissements disposent en général d'une comptabilité propre qui permet de distinguer leur actif et leur passif des autres éléments patrimoniaux de l'entreprise. L'indemnité — obligatoire sous peine de contrariété à l'ordre public — doit être versée à l'entrepreneur (société ou personne physique). Si l'entreprise ne comporte qu'un établissement unique, on ne tiendra pas compte du caractère international de ses activités et on considérera que l'Etat du lieu de l'établissement peut nationaliser l'entreprise entière.

(1) A moins que l'on ne considère l'unité du patrimoine comme un principe d'ordre public au sens international, ce qui n'est guère soutenable. V. en ce sens Y. LOUSSOUARN et J.-D. BREDIN, *Droit du commerce international*, n° 226.

(2) Ce terme pouvant être compris dans le sens qui lui est donné en droit fiscal : un organisme complet par lui-même, constituant un centre d'affaires où est effectué, dans un même local ou dans un groupe de locaux, un ensemble d'opérations qui sont les actes essentiels de la profession, et caractérisé en général par des locaux distincts, un préposé spécial et une comptabilité particulière, une clientèle propre (Jurisprudence du Conseil d'Etat).

(3) La Cour de cassation, dans un arrêt du 23 oct. 1963 (J.C.P., 1963.II.14434, note Level) a cependant refusé de considérer une compagnie d'assurance française comme dispensée de payer les sommes afférentes à une police souscrite auprès de sa succursale du Caire, nationalisée par la République arabe unie. De même un jugement du Tribunal de grande instance de la Seine du 9 juill. 1963 (même référence) a condamné une banque à restituer à un client des titres déposés auprès de la succursale égyptienne « sous dossier égyptien », malgré la nationalisation de la succursale. En revanche, la Cour fédérale allemande (11 févr. 1953, N.J.W., 1953, p. 542) et le Tribunal fédéral suisse (Décr. TF 79.2.193) ont admis la « compétence » de l'Etat où se trouve un établissement de la société débitrice s'agissant de l'expropriation d'une créance ayant des attaches avec cet établissement.

279. — Des problèmes particuliers se posent lorsque l'entreprise nationalisée est exploitée sous forme de société. Ils sont dus au fait que la société constitue une entité à la fois juridique et économique (1).

Faut-il, tout d'abord, adopter le critère économique du lieu de l'activité ou le critère juridique de la nationalité, qui peuvent ne pas désigner le même Etat ? Malgré la faveur dont jouit la seconde solution auprès des quelques auteurs qui se prononcent en faveur de l'extra-territorialité des nationalisations (2), nous ne croyons pas qu'un critère juridique soit adapté à une mesure dont la justification n'est qu'économique, alors au surplus que le rattachement d'une activité à l'économie d'un pays est une question de fait et non de droit. Envisageons le cas d'une société fondée à l'aide de capitaux de toutes nationalités, ayant son siège dans un pays I et exerçant son activité unique, l'exploitation d'un canal, dans le pays II. Seul le pays II est raisonnablement fondé à nationaliser, moyennant indemnité, la société. En accorder le droit au pays I serait extrêmement choquant. C'est d'ailleurs bien dans le sens qui nous paraît normal que les choses se passent en pratique, ce qui est significatif (3).

Un second problème se trouve alors posé, celui de savoir si l'impossibilité pour une loi autre que celle de la nationalité de dissoudre la société ne l'empêche pas de la nationaliser.

Il est peut-être opportun de laisser à l'Etat de la nationalité de la société le soin de la dissoudre, même par voie de *décision* (en ce qui concerne les *règles* applicables à la dissolution, la question est tranchée depuis fort longtemps (4). Mais ici la dissolution n'est pas directement imposée par la décision. Ce n'est pas le cadre juridique de l'entreprise qui intéresse le législateur, mais l'entreprise elle-même. Si le cadre devient inutile une fois vide, sa disparition n'est qu'une conséquence indirecte de la décision de nationalisation (5), elle n'a pas été ordonnée par elle. Peu importe donc que la décision de nationaliser ait été prise par l'Etat de la nationalité de la société, ou non.

Le troisième et dernier problème particulier aux nationalisations de sociétés est posé par une pratique des Etats soucieux d'assurer un effet extra-territorial à leurs nationalisations en dépit de la

(1) Cf. BYSTRIKY, « En marge de quelques problèmes de droit international en rapport avec la nationalisation socialiste », *Travaux de la Commission de droit international privé*, 6^e Congrès de l'A.I.J.D., p. 32.

(2) V. *supra*, p. 214, note 1.

(3) Que décider si la société regroupe des entreprises dispersées dans plusieurs pays ? Aucun Etat ne peut nationaliser la société, ce qui équivaldrait à nationaliser des entreprises situées hors de son territoire. Seule la nationalisation des entreprises situées sur le territoire de l'Etat nationalisateur apparaît possible.

(4) Cf. Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de société*, thèse Rennes, 1947.

(5) Cf. F. A. MANN, « The confiscation of corporations, corporate rights and corporate assets and the conflict of laws », *Internat. and Comp. Law Q.*, 1962, p. 480.

jurisprudence hostile des pays étrangers. Cette pratique consiste à exproprier, avec ou sans indemnité, un certain nombre d'actions, suffisant pour prendre le contrôle effectif de la société (1).

Une telle manœuvre, ayant le même but qu'une nationalisation, doit lui être assimilée et par conséquent être admise dans son principe ou refusée suivant les mêmes critères (2).

b) L'étendue de la nationalisation quant aux biens.

280. — L'actif et le passif de l'entreprise, qu'elle soit individuelle ou sociétaire, peuvent être déterminés par la consultation de ses documents comptables. Ce système est imparfait ; il revient à faire confiance aux personnes physiques ou morales propriétaires de l'entreprise quant à la détermination des éléments qui composent celle-ci, alors que des impératifs divers, et notamment fiscaux viennent parfois écarter le critère économique. Mais il a l'avantage de la simplicité. Il permet de plus dans de nombreux cas de faire coïncider le patrimoine exproprié avec le patrimoine d'une personne morale ; cela supprime les problèmes délicats posés par la scission du patrimoine social en deux parties, l'une considérée comme expropriée, l'autre non (3).

(1) Le pourcentage nécessaire à cette fin dépend des caractéristiques de chaque société.

(2) Il ne sera pas toujours facile de déceler l'intention du législateur. A-t-il voulu prendre une participation, même majoritaire, ou contrôler la société ? « Peut-être trouverait-on un moyen de décider d'après l'importance et la nature des transformations relatives aux organes de la société » (H. BATIFFOL, *La propriété privée*, précit., p. 186).

(3) Sur ces problèmes, v. notamment F. A. MANN, *op. cit.*, p. 491 et s. En voici un exemple. Un Etat confisque 90 % des actions d'une société qui exerce une entreprise sur son territoire et possède quelques biens situés dans un autre Etat. Si ces derniers ne sont pas considérés comme expropriés, un conflit va surgir entre les créanciers de la société qui voudront les saisir et les actionnaires dépossédés qui prétendront avoir des droits sur eux. D'autres difficultés s'élèveront en ce qui concerne l'identification du ou des propriétaires des biens non atteints par la nationalisation. A ce sujet, la doctrine et la jurisprudence étrangères se partagent entre deux tendances : l'une suivant laquelle naît dans chacun des pays où ils se trouvent une « société scindée » fictive propriétaire de ces biens, l'autre qui propose que le tribunal du lieu de situation des biens nomme un liquidateur pour les répartir entre les actionnaires présents (pour la doctrine, v. dans le premier sens, SEIDL-HOHENVELDERN, *Internationales Konfiskations und Enteignungsrecht*, p. 127 et s. ; KEGEL, *Probleme des Internationalen Enteignungs- und Währungsrechts*, p. 32 et s. ; FICKER, *Grundfragen des interlokalen Rechts*, p. 155 et s. Dans le deuxième sens, W. LEWALD, N.J.W., 1958.281 ; LIEBERKNECHT, N.J.W., 1956.571, 931 ; W. SCHMIDT, *Kommentar zum Aktien-gesetz*, § 5, notes 5, 10-12 ; SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Privatrechts* 5^e éd. p. 611 ; F. A. MANN, *op. cit.*, p. 484. Pour la jurisprudence, v. dans le premier sens, Tribunal fédéral allemand 33 BGZH 195 ; Cour de Zurich, 12 mars 1958, (1958) AWD 81. Dans le deuxième sens, la jurisprudence actuelle de la Suisse et de l'Etat de New York).

281. — Les éléments d'actif et de passif qui peuvent être visés par la mesure de nationalisation ne doivent pas être restreints à ceux qui sont situés sur le territoire de l'Etat nationalisateur. *L'entreprise constitue une unité économique et est visée comme telle. Il n'y a donc pas lieu en principe de s'attacher à une autre circonstance que l'appartenance des biens à l'entreprise.*

Tenir compte du lieu de leur situation effective au moment de la nationalisation conduirait d'ailleurs à des résultats absurdes. Ainsi il serait illogique, quant aux *meubles* et notamment quant aux marchandises ou outillages dont l'entreprise a passé commande, de distinguer suivant qu'ils ont été livrés sur le territoire où est située l'entreprise ou qu'ils sont en transit au moment où la mesure de nationalisation est adoptée. En ce qui concerne les *immeubles*, certes, il est plus difficile de concevoir qu'ils fassent partie intégrante de l'entreprise s'ils ne sont pas situés sur le territoire de l'Etat où elle est exercée. Le cas peut se présenter cependant ; de plus, il y a toujours un avantage de *simplicité* — que ne contrebalance aucun inconvénient — à ne pas établir une ventilation entre les divers éléments qui figurent au bilan de l'entreprise.

S'agissant des éléments incorporels, actifs ou passifs, leur lieu de situation n'est pas même un critère envisageable, puisqu'ils n'ont aucune situation dans l'espace (1). C'est pourquoi on se réfère en général, comme dans le cas de l'expropriation de biens isolés (2), à la loi à laquelle ils sont soumis quant à leur régime (3). Mais puisque précisément leur régime n'est pas en cause, cette solution est dépourvue de justification. Elle conduirait d'ailleurs à des résultats qui heurtent le sens commun. Ainsi, quant aux *dettes* de l'entreprise, l'Etat nationalisateur ne pourrait pas, même s'il le voulait, prendre en charge la totalité du passif des entreprises nationalisées lorsqu'une fraction de ce passif serait née de contrats devant s'exécuter à l'étranger, ou expressément soumis à un droit étranger (4). La situation nette de l'entreprise nationalisée dépendrait du point de savoir si, au moment de la nationalisation, la dette soumise

(1) Pour M. WENGLER (« La situation des droits », R., 1957, p. 85 et s., 409 et s.), un droit est situé dans tous les pays qui sont prêts à assurer judiciairement sa protection. C'est là une simple façon, peut-être commode mais trompeuse, de s'exprimer : une telle situation n'est pas une localisation dans l'espace, mais un rattachement à un ordre juridique.

M. WENGLER arrive à la conclusion que chacun des Etats où le droit est « situé » « peut » sans commettre d'« illégalité » (?) l'exproprier, mais que l'expropriation n'aura pas d'effet à l'égard des autres Etats. Ce n'est pas une solution bien satisfaisante, ou plutôt ce n'est pas une solution du tout.

(2) V. *supra*, n° 268.

(3) V. notamment Cass. Civ., 23 avr. 1969, R., 1969.717, J., 1969.912, note P. Chardenon ; J.C.P., 1969.II.15897, concl. av. gén. Blondeau ; Paris, 25 juin 1958, J., 1959.1098.

(4) M. E. SCHAEFFER (note sous Cass. Civ., 23 avr. 1969, R., 1969.722, spécialement p. 728) critique la Cour de cassation pour avoir adopté ce point de vue quant au sort du passif des entreprises exploitées en Algérie par des Français, rapatriés depuis l'indépendance.

au droit étranger avait été payée ou non ; elle serait plus faible dans le premier cas, puisque l'actif nationalisable aurait été diminué sans modification corrélative du passif nationalisable. Par ailleurs, la pratique la plus courante des Etats consistant à calculer l'indemnité selon la valeur liquidative de l'entreprise, déduction faite naturellement de tout son passif, l'insuffisance de cette indemnité par rapport à l'appauvrissement de l'entrepreneur qu'elle est censée compenser, dépendrait de la part plus ou moins grande, dans ce passif, des dettes soumises à la loi de l'Etat nationalisateur, c'est-à-dire du hasard (1).

Autre illogisme, en matière de droits intellectuels : dans le cas d'une entreprise fabriquant un produit partiellement destiné à l'exportation sous une *marque* déposée dans divers pays, l'attitude consistant à refuser effet à l'expropriation des marques déposées à l'étranger entraînerait la réduction des débouchés de l'entreprise au seul territoire de l'Etat nationalisateur ; cela ne paraît pas raisonnable si le produit est fabriqué dans le pays qui nationalise, et si la nationalisation a été accompagnée d'une indemnité satisfaisante.

Des exemples analogues pourraient être multipliés. Tous prouvent qu'il est vain, pour déterminer le champ d'efficacité de la nationalisation, de s'attacher aux caractéristiques des divers éléments de l'entreprise, alors que ce ne sont pas eux qui sont visés, mais l'entreprise elle-même.

282. — Doit-on en conclure que les nationalisations ont, selon nous, un effet extra-territorial ? Tout dépend de ce que l'on entend par là. Si l'effet extra-territorial consiste en l'efficacité reconnue à la décision quant aux biens situés hors du territoire de l'Etat nationalisateur, alors notre position peut être qualifiée d'extra-territorialiste. Mais on doit plutôt mettre l'accent sur le fait que les biens, quelle que soit leur situation matérielle, dépendent d'une entreprise qui exerce son activité sur le territoire ; dans cette optique, l'effet extra-territorial serait l'application de la décision aux biens dépendant d'une entreprise non exercée sur le territoire de l'Etat nationalisateur. Nous n'admettons pas cet effet.

283. — L'effet territorial, ainsi entendu, de la nationalisation ne doit pas dépendre de la façon dont l'Etat a procédé pour la réaliser. Il doit être admis, aussi bien dans l'hypothèse où l'Etat a exproprié un certain nombre des actions de la société sur laquelle il a jeté son dévolu que dans celle où il a attribué le patrimoine de la société à une autre personne(2). Dans le premier cas, les avantages de notre position sur celle de la doctrine dite territorialiste (au premier sens) sont particulièrement visibles. Cette doctrine

(1) Comp. E. SCHAEFFER, *Rép. Dalloz Droit internat.*, V^e Nationalisation, n^o 78.

(2) En ce sens, F. A. MANN, *op. cit.*, p. 490.

est obligée, pour donner un même domaine d'efficacité aux nationalisations ainsi effectuées qu'aux autres (ce qui est un impératif logique), de considérer que ceux des biens corporels de la société qui ne sont pas situés sur le territoire de l'Etat nationalisateur ne lui appartiennent plus (1). Non seulement cette solution conduit aux difficultés déjà signalées (2), mais encore elle est en elle-même contestable. Pour expliquer son rejet de l'apparence juridique créée par l'Etat nationalisateur, la doctrine territorialiste recourt à l'idée que l'Etat étranger a commis une fraude, s'est « affublé d'un faux nez » selon l'expression de Niboyet (3). Or le procédé, en lui-même, n'a rien de frauduleux. L'Etat étranger peut l'avoir simplement trouvé plus commode que celui de l'appropriation directe des biens. La position dominante aboutit en réalité à une impasse, dont elle tente de diminuer l'importance en faisant remarquer que la nationalisation par expropriation des actions est exceptionnelle. Cela est vrai quant à la fréquence avec laquelle le procédé est adopté (encore qu'il soit en voie de généralisation), mais il n'en reste pas moins qu'il constitue un moyen logique pour atteindre le but fixé, et qu'en lui-même il n'est pas irrégulier s'il est accompagné d'une indemnisation. Notre façon de raisonner respecte mieux la réalité juridique. La société passe sous le contrôle de l'Etat étranger, mais reste propriétaire de tous ses biens. Nous n'introduisons pas pour autant de différence dans le domaine d'efficacité des décisions de nationalisation suivant le procédé employé, puisque nous avons admis que le lieu de la situation matérielle des biens est également sans importance lorsque le procédé direct a été choisi.

§ 2. — Moratoires.

284. — Décisions dérogeant au droit commun, et qui compromettent les prévisions formées par les créanciers, les moratoires ne doivent être adoptés qu'en raison de circonstances particulières (crise économique, état de guerre, par exemple), et ne viser que les situations dont il est indispensable que le législateur se préoccupe.

Le juge n'est pas pour autant fondé à substituer au domaine d'application expressément prévu par le législateur étranger le domaine d'efficacité qui lui paraîtrait le plus adéquat. En principe,

(1) Cette position est nettement affirmée par quelques arrêts : *Zwack c/ Kraus Brothers and Co*, (1956) 237 F. 2 d 255 ; Tribunal cantonal de Zurich, 12 mars 1958, AWD, 81 ; Tribunal fédéral allemand, 32 BGHZ, 256, 261 et surtout Tribunal fédéral allemand (1961) *Wertpapiermitteilungen* 347, qui proclame qu'« en raison du principe de la *lex situs*, les biens, sis dans l'Etat du for, d'une société étrangère ne sont pas inclus dans la confiscation par l'Etat étranger de toutes, ou pratiquement toutes, les parts et ne peuvent en conséquence être réclamés par une société qui a de cette façon pratiquement été nationalisée ».

(2) V. *supra*, p. 210, note 3.

(3) *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1946-47, p. 71 et 77.

le législateur est le mieux placé pour choisir les modalités de son action ; ces modalités comprennent non seulement la durée du délai accordé, la nature des dettes moratoriées (1), la spécification des catégories de débiteurs visés (2), mais aussi la détermination des situations auxquelles le moratoire doit s'appliquer en dépit du fait qu'elles ne se rattachent pas entièrement à l'Etat qui l'édicte.

285. — Contrairement au point de vue que nous avons adopté en envisageant les expropriations et les nationalisations, nous sommes donc partisans de faire *a priori* confiance au législateur étranger pour la détermination du champ d'application qui convient à sa décision. C'est que les motifs de suspicion sont ici moins grands, la mesure étant prise non pas directement dans l'intérêt de l'Etat, qui n'en retire aucun enrichissement, mais dans celui des individus. En d'autres termes, aucune restriction ne semble ici devoir être tirée du droit international public.

Il arrive cependant, très exceptionnellement, que le moratoire ne vise que les dettes de certaines entreprises importantes pour l'économie nationale. Une telle mesure revient à demander aux particuliers de consentir un sacrifice dans l'intérêt de la nation. Il serait anormal que ce sacrifice soit imposé à des individus qui ne font pas partie de la collectivité qui en bénéficiera. C'est pourquoi la décision par laquelle la Chambre des Lords, saisie de la réclamation de porteurs anglais d'obligations libellées en livres sterlings, a refusé de donner effet à un décret grec qui suspendait, pour un temps illimité, l'obligation de la Banque Nationale de Grèce d'assurer le service des emprunts libellés en or ou en monnaie étrangère (3), semble devoir être en définitive approuvée, en dépit de sa motivation (4).

A *fortiori* ne faudrait-il pas qu'apparaisse dans le moratoire, au-delà du souci de s'adapter à une situation de crise, un désir de favoriser les nationaux au détriment des étrangers. Un moratoire qui prétendrait bénéficier, indépendamment de toute autre considération, à tous les ressortissants du pays qui l'édicterait, et seulement à eux, devrait être considéré comme contraire à l'ordre public.

286. — Nous avons supposé jusqu'à présent que le moratoire précisait lui-même son champ d'application. Ce n'est cependant pas le cas le plus général. A défaut de se prononcer sur le domaine d'efficacité raisonnable des moratoires en général, le juge devra

(1) Il peut s'agir de toutes les dettes, ou seulement de certaines d'entre elles : prix de vente des fonds de commerce, loyers, dettes cambiales par exemple.

(2) Il peut s'agir de toutes les catégories de débiteurs, ou seulement de certaines d'entre elles : prisonniers de guerre, mobilisés, réfugiés, anciens combattants, par exemple.

(3) Affaire *Adams et autres c/ National Bank of Greece S.A.*, 19 mai 1960, précit., n° 269.

(4) Il faudrait cependant mieux connaître les circonstances dans lesquelles a été pris le décret, qui n'apparaissent pas suffisamment à la lecture de l'arrêt.

donc interpréter la volonté de l'Etat étranger quant au domaine d'application du moratoire particulier que l'on invoquera devant lui. Cette tâche n'est pas facile, mais elle n'est pas particulière au problème de l'effet des moratoires étrangers : lorsqu'on invoque devant le juge français un moratoire français qui ne précise pas lui-même son champ d'application, le problème auquel il est confronté est identique. Ce n'est pas un problème spécifique de droit international privé, mais un problème d'interprétation de la loi. Sans entrer dans le détail de ce que pourrait être sa solution, indiquons seulement qu'il ne nous paraîtrait pas opportun de restreindre systématiquement la portée des moratoires aux dettes soumises à la loi de l'Etat qui intervient, comme le fait la jurisprudence (1), ni à celles qui doivent être payées sur son territoire, comme le voudrait l'analyse des moratoires en loi de police et de sûreté. C'est en effet parfois la situation personnelle du débiteur qui est en cause, et non pas telle de ses dettes plutôt que telle autre. Un moratoire prononcé au profit des prisonniers de guerre par l'Etat dans les rangs duquel ils ont servi doit être appliqué, à notre avis, à toutes les dettes de ces prisonniers, quel que soit le lieu où elles doivent être payées et quelle que soit la loi à laquelle elles sont soumises. Les solutions doivent être nuancées, et tenir compte des termes de la loi et du cadre dans lequel elle s'inscrit.

§ 3. — Divorces législatifs.

287. — Tels qu'ils semblent se présenter en général dans les pays où ils sont prononcés, les divorces législatifs revêtent l'aspect d'actes juridictionnels (2). Il est donc logique de les traiter comme s'ils constituaient de véritables jugements de divorce, et par conséquent de les rendre en principe efficaces sous réserve de la fraude et de l'ordre public. Nous avons montré (3) les conséquences absurdes auxquelles aboutirait l'utilisation du critère de rattachement adopté quant au régime du divorce.

Si le divorce législatif présentait le caractère d'un privilège accordé à certains personnages importants, en contrariété avec le droit commun du pays, sa compatibilité avec l'ordre public serait discutable. Mais on pourrait faire valoir que nous n'avons pas à juger les conceptions politiques des autres pays. Nous ne pouvons que constater leurs divergences avec les nôtres. Un acte qui paraît choquant dans un régime de démocratie avancée peut s'intégrer de manière satisfaisante dans un régime qui connaît des privilèges de classe plus marqués.

Pour que cette justification soit invoquée avec succès il faudrait

(1) V. les décisions citées *supra*, n° 174.

(2) V. *supra*, n° 171.

(3) V. *supra*, n° 170.

toutefois que le lien des deux époux avec l'Etat qui prononce le divorce soit plus sérieux que le simple lien qui peut motiver la saisine d'un tribunal. Il serait raisonnable d'exiger que l'un au moins des deux conjoints soit un national de cet Etat : nouvelle illustration du fait que les conditions d'efficacité d'une décision législative dépendent de l'intensité de son caractère dérogatoire par rapport au droit commun.

§ 4. — Actes de protection des mineurs.

288. — Avec ces décisions, nous quittons le domaine des lois pour entrer dans celui des actes publics, et plus précisément des décisions administratives. Le principe de recherche qui nous a essentiellement guidés jusqu'ici, à savoir la détermination de la finalité de la mesure prise, doit être à présent abandonné, puisqu'il ne s'applique qu'aux décisions dérogatoires au droit commun. (1).

Le droit international public étant, par ailleurs, muet, il suffira de se demander si le troisième des principes que nous avons retenus trouve ici une application : existe-t-il une compétence française exclusive ?

289. — Avant d'examiner ce point, supposons — hypothèse plus simple — que la France n'était quant à elle nullement concernée, et examinons les conséquences de l'absence de limites à l'efficacité *ratione originis* de la décision étrangère : toute décision prise par l'autorité d'un pays quelconque doit être respectée en France si elle est conforme aux autres conditions d'efficacité, notamment si elle ne heurte pas l'ordre public.

Une position aussi libérale peut sembler excessive. Il convient cependant de remarquer tout d'abord que les mesures étrangères qui constituent l'équivalent de nos mesures d'assistance éducative (art. 375 et s. C. civ.) ne pourront, dans bien des cas, recevoir qu'un effet partiel en France, parce que leur exécution matérielle est confiée à des organes administratifs, nommément désignés, et qui sont ceux de l'Etat qui a prononcé la décision. Même s'il existe un organe français jouant le même rôle, ou un rôle analogue, il ne semble pas possible qu'il exécute la décision étrangère. Chaque Etat prend matériellement en mains le sort des mineurs qu'il a déclarés dangereux pour la collectivité. Une aide d'un autre pays est concevable, mais en l'état actuel des relations internationales, l'entraide interétatique suppose une Convention : c'est ce que l'on voit dans les branches pénale, fiscale et administrative du droit international (2).

(1) V. *supra*, n°s 252 à 254.

(2) C'est probablement pour cette raison que l'article 8, alinéa 2 de la Convention de la Haye du 5 octobre 1961 précise que « les autorités des autres Etats contractants ne sont pas tenues de reconnaître ces mesures ».

Le problème des effets de la décision étrangère ne se posera donc qu'à l'égard de la partie de celle-ci qui ne nécessite pas l'intervention postérieure d'un organe : ainsi, un transfert de la garde du mineur à l'un de ses parents. Ici, il s'agit en effet de consacrer la situation juridique créée par la décision ; les obstacles précédemment indiqués ne se retrouvent pas.

C'est dans cette mesure restreinte que nous suggérons d'accueillir libéralement les décisions étrangères.

290. — Deux objections peuvent, pensons-nous, être faites à notre point de vue.

La première est qu'il conduirait, si on l'adoptait, à donner effet à n'importe quelle décision, même prononcée par un Etat qui n'aurait aucun rapport raisonnable avec la situation du mineur. Nous répondrons qu'il est exclu qu'un Etat prenne une décision sur une question qui, en effet, ne le concerne nullement ; s'il se prononce, c'est qu'il est concerné. Il faut accorder un minimum de confiance au bon sens des organes juridiques étrangers : c'est la base même du droit international privé.

La seconde objection tient au fait que, plus on est libéral dans la reconnaissance des décisions étrangères, plus est grand le risque d'un conflit entre deux décisions étrangères. Mais ce n'est pas une manière heureuse de supprimer le conflit que de tenir pour rien des décisions étrangères en elles-mêmes non choquantes. Il ne faut pas déclarer inefficace une décision effectivement prise sous prétexte qu'une autre décision pourrait intervenir.

Au surplus, augmenter le nombre des critères de compétence internationale, ou même les retenir tous, n'aggrave pas sensiblement le risque de conflit : il n'arrivera probablement jamais qu'un Etat autre que celui de la résidence ou de la nationalité intervienne.

291. — Il est difficile de déterminer les solutions du droit positif. Dans l'affaire *Boll* (1), la position des parties et de la Cour quant à la compétence des *autorités* suédoises n'était pas très nette, puisque le problème avait été placé sur le terrain du conflit de lois. On peut cependant relever la phrase suivante, par laquelle la Cour internationale de Justice résume le point de vue de la Hollande (2) : « La Convention de 1902 établit que la tutelle d'un mineur est régie par sa loi nationale et le Gouvernement des Pays-Bas en déduit que les autorités suédoises ne pouvaient prendre aucune mesure *dès que les autorités nationales avaient pris des décisions organisant la tutelle de la mineure* ». Faut-il en déduire *a contrario* que la mesure suédoise aurait paru valable aux Pays-Bas en l'absence d'une décision néerlandaise, par exemple si la mineure était restée sous la surveillance et la direction uniques de son père ? Ce

(1) V. *supra*, nos 181 et s.

(2) *Rec. des arrêts de la Cour internationale de Justice*, année 1958, p. 64.

n'est probablement pas ce que sous-entendait le Gouvernement hollandais, mais ce serait une solution voisine de la nôtre.

Selon la Cour internationale de Justice, « pour atteindre le but de garantie sociale qui est le sien, la loi suédoise sur la protection de l'enfance et de la jeunesse a besoin de s'appliquer à toute la jeunesse vivant en Suède » (1). Ce point de vue conduit à reconnaître les décisions émanant de l'Etat de la résidence du mineur. Mais il ne conduit pas nécessairement à refuser de reconnaître celles qui émanent d'autres Etats.

La Convention du 5 Octobre 1961 « concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs », adoptée à la suite de l'affaire *Boll*, retient une double compétence : celle des autorités de l'Etat de la résidence habituelle du mineur (article 1^{er}) et celle des autorités de l'Etat dont le mineur est ressortissant (article 4). Il est normal que dans une convention internationale on cherche à réduire le nombre des autorités compétentes. Cela présente l'avantage de diminuer les possibilités de conflits de décisions, sans entraîner l'inconvénient de rendre inefficaces dans l'un des Etats signataires, certaines décisions prises par un autre de ces Etats : en effet, chaque Etat signataire restreint *ipso facto* la compétence internationale directe de ses propres organes. Mais il ne serait pas bon qu'un Etat adopte les solutions de la Convention de 1961 à l'égard des pays auxquels il n'est pas lié par ce texte.

292. — Le caractère exclusif d'un critère français de compétence réalisé en l'espèce en France peut néanmoins faire obstacle à l'efficacité de la décision. Pour qu'il en soit ainsi, il faut d'une part que ce critère existe, d'autre part qu'il soit exclusif, et enfin qu'il soit réalisé en France. Les deux premiers points font difficulté.

Existe-t-il, en premier lieu, une règle de compétence internationale directe française ? La chose ne va pas de soi.

Il faut tout d'abord exclure les articles 14 et 15 du Code civil. Ils n'ont jamais été invoqués en la matière ni par le Ministère public, ni par le juge, ni par les personnes privées. La raison semble en être qu'ils ne satisferaient pas les objectifs procéduraux particuliers à la matière (2).

Or, nous avons vu par ailleurs qu'il était absurde d'internationaliser les critères de compétence interne *ratione loci* (3). Il serait donc tout à fait possible que la compétence de l'Etat français résulte simplement du fait qu'elle n'est pas exclue dans les litiges internationaux.

Mais cette solution ne permettrait pas aux juges de statuer dans

(1) *Rec.*, p. 69.

(2) En ce sens, Y. LEQUETTE, *Recherches sur les modes de protection des mineurs en droit international privé*, thèse Paris, 1973, nos 350 à 357.

(3) V. *supra*, n° 237, n° 247 et p. 187, note 1.

tous les cas où il est utile à l'Etat français qu'ils le fassent. Elle ferait en effet dépendre leur saisine des règles de compétence interne. Or, il est nécessaire qu'un juge français puisse être saisi, ou même puisse se saisir, dès lors que le mineur en danger réside habituellement en France (1). Cette nécessité et la règle qui s'en déduit se situent sur le plan de la compétence internationale : c'est en tant qu'il agit au nom de l'Etat français que le juge doit être compétent, parce que la collectivité française doit être protégée contre le mineur (2).

Notons d'ailleurs que cette règle de compétence internationale directe ne coïncide pas avec celle qui résulterait de l'internationalisation des règles de compétence territoriale interne. En effet, selon l'article 888 du Code de procédure civile, « les mesures d'assistance éducative sont prises par le juge du domicile ou de la résidence habituelle des père, mère, tuteur ou gardien du mineur qu'il y a lieu de protéger et, à défaut, par le juge de la résidence habituelle de celui-ci ». Si donc le mineur résidait en France et ses gardiens à l'étranger, le juge français ne serait peut-être pas compétent (3). La règle de compétence internationale directe fondée sur la résidence du mineur joue un rôle analogue à celles des articles 14 et 15 (4) ; elle force un juge à se déclarer spécialement compétent alors qu'il ne l'est pas selon les règles de compétence interne.

293. — Cette compétence est-elle exclusive ?

Nous avons indiqué (5) que lorsqu'il est obligatoire, dans l'intérêt public, que l'organe intervienne, il y a compétence exclusive. C'est bien le cas lorsqu'un mineur *en danger* réside en France. Les personnes privées ne disposent pas de l'action, par exception à la règle générale en procédure civile. Le ministère public *peut* saisir le juge, et celui-ci *peut* se saisir lui-même. Entendons qu'ils le *doivent*, lorsqu'il le faut. Une décision étrangère prise à l'égard d'un mineur en danger résidant habituellement en France, sera donc dépourvue d'effet, seules les mesures prévues par la loi française pouvant — et devant — intervenir.

Selon M. Lequette (6), il serait dans la logique de l'idée de coopération de donner effet à la décision étrangère pourvu qu'elle ait été rendue en application de la loi française (7). Il est cependant

(1) Cf. l'article 8 de la Convention du 5 octobre 1961 : « Nonobstant les dispositions des articles 3, 4, 5, alinéa 3, de la présente Convention, les autorités de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur peuvent prendre des mesures de protection pour autant que le mineur est menacé d'un danger sérieux dans sa personne ou ses biens ».

(2) V. *supra*, n° 186.

(3) Sur ce problème, v. LEQUETTE, thèse précitée, n° 348.

(4) V. *supra*, p. 187, note (1), *in fine*.

(5) *Supra*, n° 248.

(6) Thèse précitée, n° 349.

(7) M. Lequette écarte cependant cette solution, pour des motifs de nature procédurale,

peu vraisemblable que l'Etat fasse confiance, dans un domaine où il est personnellement intéressé à l'obtention d'un certain résultat, à des organes étrangers, qui n'ont pas pour mission de défendre ses intérêts, qu'il n'a pas formés et qu'il ne peut surveiller ; d'autant qu'il est aussi simple pour le juge des enfants d'examiner à nouveau l'affaire que pour le juge de l'exequatur de procéder, comme le suggère M. Lequette, à la révision de la décision étrangère.

Mais il n'en va pas de même, semble-t-il, si le mineur résidant en France n'est pas en danger au sens de l'article 375 du Code civil, c'est-à-dire si sa santé, sa moralité ou son éducation ne sont pas compromises. L'intérêt public n'est plus concerné, sans pour autant que la règle étrangère plus protectrice que la nôtre soit nécessairement contraire à l'ordre public. Dans ce cas, la compétence française cesse d'être exclusive.

Ces deux solutions, qui en elles-mêmes sont simples, soulèvent, par leur coexistence, de grandes difficultés de mise en œuvre. Si le caractère exclusif de la compétence dépend de l'existence d'un danger couru par le mineur, il ne pourra être établi qu'après examen *au fond* de la situation de celui-ci. Or, le juge saisi du problème de l'effet en France de la décision étrangère ne sera pas nécessairement le juge des enfants. Il semblerait que dans l'hypothèse où, en effet, il ne l'est pas, il doive surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge des enfants du lieu de résidence habituelle du mineur, alors saisi par le Procureur de la République, décide soit que le mineur est en danger — en quel cas il prendra une décision qui seule sera efficace en France — soit qu'il ne l'est pas — en quel cas la décision étrangère recevra effet en France. Cette procédure complexe n'est pas inutile car l'existence de la décision étrangère attire l'attention sur le fait que le mineur est peut-être en danger, et justifie donc que sa situation soit examinée par l'organe français compétent.

CONCLUSION

294. — Il est possible de résumer en une phrase l'aboutissement de la démonstration que nous avons entreprise : tandis que les questions régies par des règles soulèvent en droit international privé un problème de conflit de lois, caractérisé par la nécessité d'effectuer un choix entre les diverses règles en présence, les questions régies par des décisions soulèvent le problème de l'efficacité internationale de la décision normalement unique qui a été prise à l'étranger, ce problème consistant en une simple alternative entre l'admission et le rejet de la décision.

Cette constatation permet d'attribuer un domaine distinct à deux méthodes, sans reconnaître à l'une une supériorité sur l'autre : chacune convient à un certain type de problème.

En pratique cependant, admettre l'exactitude de cette proposition conduirait à restreindre le domaine de la méthode du conflit de lois au profit de l'autre méthode — que l'on peut appeler méthode du conflit de juridictions dans la mesure où, pratiquement, les seules décisions à l'égard desquelles elle est actuellement utilisée sont les jugements. Il s'agirait d'étendre cette méthode aux décisions législatives et à tous les actes publics.

Cette extension emporterait des conséquences importantes. En effet, la méthode du conflit de lois ne permet de retenir que la loi d'un Etat déterminé (celui de la nationalité, par exemple, ou celui du domicile), alors que l'on peut, selon la méthode du conflit de juridictions, conférer une efficacité aux décisions de plusieurs Etats (celui du domicile *et* celui de la nationalité par exemple). La seconde méthode rend donc possibles des solutions plus libérales. D'autre part, le simple fait de reconnaître qu'un problème relève du conflit de juridictions incite à délaisser les règles de conflit de lois que l'on n'aurait pas manqué autrement de lui appliquer automatiquement, et à rechercher une solution nouvelle, mieux adaptée : on sera ainsi conduit à abandonner, en matière d'expropriation ou de nationalisation, le critère du lieu de la situation du bien ou de la localisation de la dette ou de la créance, au profit de celui du lieu d'exploitation de l'entreprise.

295. — Une telle restriction au domaine de la méthode du conflit de lois évoque ce que beaucoup appellent à l'heure actuelle, peut-

être avec une certaine complaisance, la « crise du conflit de lois » ; il nous paraît intéressant de préciser dans quelle mesure notre raisonnement coïncide avec l'un ou l'autre de ceux qui ont conduit à dénoncer cette crise. Pratiquement, un rapprochement peut être tenté avec deux d'entre eux : celui qui procède par détermination de l'empire des lois dans l'espace, d'une part ; celui qui consiste à respecter les droits acquis, d'autre part.

La méthode du conflit de juridictions, appliqués aux décisions législatives et aux actes publics, n'est pas sans évoquer tout d'abord celle de la détermination de l'empire des lois dans l'espace, qui s'imposerait en présence des *lois d'application immédiate* ou lois de police.

Dans les deux cas, en effet, on part de la norme et on essaie d'en préciser le champ d'application (d'efficacité), contrairement au procédé savignien du conflit de lois qui consiste à retenir au départ un type de relations humaines pour dire quelle loi lui est applicable.

Il existe entre les deux méthodes une coïncidence partielle ; à l'extérieur du domaine où elle se manifeste, elle fait place, soit à une indépendance, soit à un conflit.

296. — Il y a coïncidence entre les deux méthodes pour toutes les lois *françaises* que nous qualifierions de décisions et qui sont en même temps classées dans la catégorie des lois d'application immédiate : ainsi les moratoires et les nationalisations. Il nous paraît évident que le juge français est dans l'obligation d'appliquer une loi française nationalisant une entreprise, et de considérer que l'ensemble de ses biens corporels ont été transférés quel que soit le lieu où ils se trouvaient au moment où la décision a été prise — à moins qu'ils n'aient été expressément exclus par la loi elle-même. L'analyse de la loi en loi d'application immédiate conduit au même résultat. Au contraire, la restriction des effets de la mesure aux seuls biens situés en France serait la conséquence naturelle du raisonnement conflictualiste.

Il y a peut-être encore coïncidence à l'égard de lois du même type, mais supposées à présent *étrangères*. Nous avons exposé comment il convient selon nous de déterminer leur domaine d'efficacité : en partant du principe qu'il faut respecter la volonté du législateur étranger quant au champ d'application de sa norme, tout en se réservant de le restreindre à ce qui est conforme à l'ordre public — qui a ici un rôle de limitation et non nécessairement d'exclusion — et au droit international public. De leur côté, les tenants de la théorie des lois d'application immédiate se séparent quant à l'effet des lois étrangères de ce type. Mais la position de M. Wengler, qui engage le juge du for à suivre la volonté d'application de la loi étrangère, en respectant les limites qu'elle s'est à elle-même fixées, ne diffère pas radicalement de la nôtre.

La coïncidence se manifeste d'autant plus fréquemment que le recours au moyen exceptionnel de légiférer qu'est le prononcé d'une

décision implique normalement que l'Etat est directement concerné, qu'il y va de son existence, en tout cas de ses intérêts essentiels. La plupart des décisions législatives sont donc des lois de police.

297. — En revanche, la notion de loi de police est beaucoup plus large que celle de décision législative. Elle englobe en effet non seulement les décisions, mais toutes les *règles* qui ont pour objet l'« organisation étatique ». A leur sujet, la méthode qui consiste à partir de la norme et à en déterminer le champ d'efficacité ne peut plus se justifier par l'absence de nécessité de choix. On peut bien partir de la décision puisqu'il n'y en a en principe qu'une ; en revanche, une règle est toujours en concurrence avec ses homologues dans les autres Etats. Le fait que l'une des parties ait invoqué une règle déterminée ne suffit pas à l'élire *a priori* comme point de départ du raisonnement.

S'ensuit-il que les règles de police étrangères appellent nécessairement l'utilisation de la méthode du conflit de lois ? Non, si du moins on comprend celle-ci de façon étroite, comme impliquant le recours à un critère de rattachement bilatéral classique, du type domicile, nationalité, etc... Rien n'interdit en effet de poser que parmi les règles en présence, ayant toutes vocation à régir une question de droit déterminée, seule la loi de police qui veut s'appliquer doit être retenue par le juge. La référence à la volonté d'application ne servirait pas seulement ici à déterminer le domaine d'efficacité de la norme — comme c'est son unique rôle lorsque la norme est une décision ; elle aurait en plus pour fonction de sélectionner la norme compétente parmi les normes en présence. Cette deuxième fonction, qui résulte de ce que l'on est en fait dans le domaine du conflit de lois (au sens où cette expression désigne un type de problèmes et non une méthode pour les résoudre), peut provoquer des hésitations ou des réticences que ne susciterait pas la première. C'est pourquoi nous pensons qu'en dehors du domaine précis où méthode du conflit de juridictions et méthode de la détermination de l'empire des lois dans l'espace se recoupent, ce que nous avons dit de la première ne vaut pas nécessairement pour la seconde. Les deux méthodes demandent au juge le même raisonnement, mais elles ont un fondement entièrement différent : dans un cas on constate que la *structure* de la norme rend *possible* le respect de la volonté du souverain qui l'a édictée, dans l'autre on affirme que sa *fonction* dans l'ordre juridique qui l'a édictée rend *souhaitable* ce respect.

298. — Enfin, les deux méthodes peuvent entrer en conflit. Il en est ainsi lorsque la loi de police étrangère a été appliquée par un organe administratif (ou exceptionnellement judiciaire) étranger ; par exemple, l'Office suédois des mineurs a prononcé une mesure d'éducation protectrice à l'égard d'une mineure hollandaise. Certains auteurs considèrent que le problème est celui de l'applicabilité de la loi suédoise, qu'ils analysent comme une loi d'application

immédiate ; nous pensons qu'il s'agit de savoir si la décision prise est internationalement efficace. Les deux attitudes peuvent conduire à des résultats différents, car la méthode de la détermination de l'empire des lois dans l'espace, appliquée à une règle, n'est pas forcément identique à la méthode du conflit de juridictions, appliquée à une décision.

299. — Une autre méthode rendue à l'actualité par la doctrine contemporaine est celle du respect international des droits acquis. Elle n'est pas non plus sans certains rapports superficiels avec la méthode du conflit de juridictions. Il s'agit en effet dans les deux cas de s'incliner devant la réalité d'une situation née à l'étranger, en constatant que sa négation serait contraire à la fin essentielle du droit international privé, c'est-à-dire la sécurité des individus.

Il existe cependant deux différences essentielles entre les deux raisonnements.

La première tient à ce que, contrairement à la plupart des tenants du respect des droits acquis, nous ne pensons pas qu'il soit possible d'assimiler le droit acquis à un fait, que l'on se contenterait de constater sans avoir besoin de le déduire d'une norme ; respecter un droit acquis, c'est en réalité donner effet à une norme.

La seconde, plus importante, réside dans la restriction que nous apportons au principe du respect de la norme étrangère qui a donné naissance au droit. Il nous paraît possible de mettre en œuvre ce principe lorsque la norme est une décision, mais non lorsqu'elle est une règle : dans ce cas, en effet, l'efficacité qui lui est conférée est nécessairement refusée à une ou plusieurs autres règles ; pour distinguer l'élue des sacrifiées, force est bien de recourir à un critère de choix : c'est la règle de conflit qui l'énonce. Il faut dire d'ailleurs que presque toujours les droits acquis cités en exemple par les auteurs qui en prônent le respect sont précisément des droits créés ou confirmés par des décisions.

300. — C'est donc en définitive seulement dans la mesure où une décision est en cause que nous avons trouvé une justification à l'abandon de la méthode du conflit de lois. La décision se caractérise par sa structure catégorique, et c'est cette structure qui commande le choix de la méthode du conflit de juridictions.

Ce résultat ne pouvait guère être prévu. Des normes très différentes sont en effet catégoriques : des lois aussi bien que des jugements ou des actes publics. Leur opposition (notamment celle des lois et des jugements) est plus évidente que leur ressemblance ; c'est ce qui explique d'ailleurs que la méthode du conflit de lois soit actuellement appliquée aux lois et celle du conflit de juridictions aux jugements.

Les liens, souvent observés, du droit international privé avec la théorie générale du droit expliquent seuls qu'à une distinction aussi abstraite et formelle que celle des règles et des décisions puisse

correspondre la *summa divisio* de cette matière. Le lien, en l'espèce, s'établit ainsi : le droit international privé est concerné par la coexistence des divers ordres juridiques ; or la « plénitude » de chacun de ceux-ci, qui conditionne la survenance d'un conflit, doit être appréciée séparément à l'égard du corps des règles et à l'égard du corps des décisions : le corps des décisions est incomplet et ouvert, résolvant ponctuellement des problèmes concrets, tandis que celui des règles est complet et fermé, enserrant toutes les situations possibles dans le réseau des hypothèses.

Est-ce à dire que la notion de décision est dénuée de tout intérêt en dehors du droit international privé ? Nous ne le pensons pas. Il est significatif que les Allemands connaissent des « décisions à portée générale » très proches des décisions collectives ; et que, le Traité de Rome distinguant les décisions et les règlements, la Cour de justice des Communautés européennes ait donné de la décision une définition identique à la nôtre.

Au début de cet ouvrage nous formulions l'hypothèse que la distinction des règles et des décisions pouvait être utilisée en droit international privé ; nous pensons qu'il est raisonnable de l'élargir à d'autres branches du droit. Mais la vérification de cette nouvelle hypothèse nécessiterait d'autres compétences que celles de l'internationaliste.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

- ADRIAANSE (P.). — *Confiscation in Private International Law*, thèse Amsterdam, 1956.
- AGO (R.). — « Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1936, *Rec.*, t. 58, p. 247 et s.
- AGO (R.). — *Lezioni di Diritto internazionale privato*, Milan, 1955.
- AL-BASSAM. — *Etude sur le problème du respect des droits acquis en droit international privé*, thèse, Paris, 1956.
- ALEXANDRE (D.). — *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, Paris, 1971.
- AMSELEK (P.). — *Essai de phénoménologie juridique*, Paris, 1964.
- ARMINJON (P.). — *Précis de droit international privé*, t. I, 3^e éd., 1947 ; t. 2, 2^e éd., 1934 ; t. 3, 2^e éd., 1952, avec le concours de A. Schlaepfer.
- ARMINJON (P.). — « La notion de droits acquis en droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1933, *Rec.*, t. 44, p. 3 et s.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e éd., t. 12.
- BALLADORE-PALLIERI. — *Diritto Internazionale Privato*, 1^{re} éd., Milan, 1946, et 2^e éd., Milan, 1950.
- BARTIN (E.). — *Principes de droit international privé*, Paris, 1930.
- BATIFFOL (H.). — *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956.
- BATIFFOL (H.). — *Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit international privé comparé*, Paris, Sirey, 1938.
- BATIFFOL (H.). — *Droit international privé*, 5^e éd., avec le concours de P. Lagarde, Paris, 1970, cité : *Traité*.
- BATIFFOL (H.). — *La propriété privée*, Cours à l'Institut des Hautes Etudes internationales, 1967-68.
- BATIFFOL (H.). — *Le respect international des droits acquis*, Cours à l'Institut des Hautes Etudes internationales 1968-69.
- BAUER (H.). — *La compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Paris, 1965.
- BEALE (J. H.). — *A treatise on the conflict of laws*, New York, 1935.
- BEALE (J. H.). — *A selection of cases on the conflict of laws*, 2^e éd., Cambridge, 1928.
- BISCOTTINI (G.). — « L'efficacité des actes administratifs étrangers », *Cours Acad. Droit internat.*, 1961, *Rec.*, t. 104, p. 640.
- BOLARD (G.). — *Essai sur l'application du droit international privé*, thèse, Dijon, 1968.
- BRETHER DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE. — *Introduction à l'étude du Droit*, Paris, 1947.

- BURCKHARDT. — *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, Berne, 1925.
- CANARIS (C. W.). — *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, 1964.
- CAPITANT (R.). — *L'impératif juridique*, thèse, Paris, 1928.
- CHEVALLIER (J.). — *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, Cours poly-copié, 1966-67.
- CONTE (A. G.). — *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turin, 1962.
- CUCHE (P.) et VINCENT (J.). — *Précis de Procédure civile*, 10^e éd., Paris, 1951 et 13^e éd., Paris, 1963-1966.
- DABIN (J.). — *Théorie générale du Droit*, 3^e éd., 1969.
- DABIN (J.). — *Philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, 1929.
- DAVID (C.). — *La loi étrangère devant le juge du fond*, thèse, Paris, 1963.
- DAVID (R.). — *Grands systèmes de Droit contemporain*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1969.
- DEBY-GÉRARD (F.). — *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Bibliothèque de droit international privé, vol. 16, Paris, Dalloz, 1973.
- DEL VECCHIO (G.). — *Philosophie du Droit*, Paris, 1953.
- DICEY (A.). — *Conflict of laws*, 7^e éd., Londres, 1958.
- DONATI (D.). — *Il problema delle lacune nell' ordinamento giuridico*, Milan, 1910.
- DUGUIT (L.). — *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, 1927-1928.
- DUPASQUIER. — *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, 3^e éd., Neuchâtel, 1948.
- ENGLISH (K.). — *Der Begriff der Rechtslücke*, 1949.
- ESMEIN (P.). — *Les effets des décisions de justice sur la reconnaissance et la création des droits*, thèse, Paris, 1914.
- FEDOZZI (D.). — « De l'efficacité extra-territoriale des lois et des actes de droit public », *Cours Acad. Droit internat.*, 1929, *Rec.*, t. 27, p. 141 et s.
- FICKER (H. G.). — *Grundfragen des interlokalen Rechts*, Berlin, 1952.
- FOUILLoux (G.). — *Les nationalisations et le droit international public*, Paris, 1962.
- FOYER (J.). — *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse, Paris, 1954.
- FRAGISTAS (N.). — « La compétence internationale en droit privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1961, *Rec.*, t. 104, p. 159 et s.
- FRANCSKAKIS (Ph.). — *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Paris, 1957, citée : *Le Renvoi*.
- GENY (F.). — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., t. I.
- GUIL (T.). — « Lois politiques et droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1953, *Rec.*, t. 83, p. 163 et s.
- GLASSON, TISSIER et MOREL. — *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., Paris, 1925-1936.
- GOLDSCHMIDT (W.). — *La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado*, Barcelone, 1935.
- GOLDSCHMIDT (W.). — *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, Buenos-Aires, 2^e éd., 1952-1954.
- GOODHART. — *Precedent in English and continental law*, 1934.
- GOODRICH (H. F.). — *Handbook of the conflict of laws*, 3^e éd., St Paul, 1949.
- GRAULICH (P.). — *Principes de droit international privé. Conflits de lois, conflits de juridictions*, Paris, 1961.

- GUGENHEIM (P.). — *Lehrbuch des Volkerrechts*, Bâle, 1952.
- GUILLIEN. — *L'acte juridictionnel et l'autorité de chose jugée*, thèse, Bordeaux, 1931.
- HAESAERT (J.). — *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1948.
- HALSBURY — *Laws of England*, 2^e éd., vol. IV, Conflicts of laws.
- HENKEL — *Einführung in die Rechts Philosophie*, Munich, 1964.
- HOLLAND (H. E.). — *Elements of jurisprudence*.
- HOLLEAUX (D.). — *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Bibliothèque de droit international privé, vol. 9, Paris, Dalloz, 1970.
- HUBER (U.). — *Praelectiones juris romani*, éd. de Leipzig, 1707, Paris H.L.I., t. 2 et 3.
- IHERING. — *L'évolution du droit*, 3^e éd., trad. Meulenaere.
- JITTA (D. J.). — *La méthode du droit international privé*, La Haye, 1890.
- JUNG (E.). — *Von der logischen Geschlossenheit des Rechts*, Berlin, 1900.
- KEGEL. — *Probleme des internationalen Enteignungs- und Währungsrechts*, 1955.
- KELSEN (H.). — *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass. 1949.
- KELSEN (H.). — « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Cours Acad. Droit internat.*, 1926, *Rec.*, t. 14, p. 227 et s.
- KELSEN (H.). — *Théorie pure du Droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, 1962.
- KÖHLER. — *Internationales Privatrecht*, Vienne, 4^e éd.
- KORKOUNOV (N. M.). — *Cours de Théorie générale du Droit*, Bibliothèque internationale de Droit public, 2^e éd., Paris, 1914.
- LEPAULLE (P.). — *Droit international privé*, Paris, 1948.
- LEQUETTE (Y.). — *Recherches sur les modes de protection des mineurs en droit international privé*, thèse ronéotypée, Paris, 1973.
- LACOSTE (Ch.). — *De la chose jugée*, 3^e éd., Paris, 1914.
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.) et LOUSSOUARN (Y.). — *Droit international privé*, 9^e éd., Paris, 1970.
- LEWALD (W.). — « Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1939, *Rec.*, t. 69, p. 1 et s.
- LIEBMANN. — *Efficacia o autorità della sentenza*, Milan, 1935.
- LOUSSOUARN (Y.). — *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse, Rennes, 1947.
- LOUSSOUARN (Y.) et BREDIN (J. D.). — *Droit du commerce international*, Paris, 1969.
- MANN (F. A.). — « The doctrine of jurisdiction in international law », *Cours Acad. Droit internat.*, 1964, *Rec.*, t. 111, p. 1 et s.
- MARIDAKIS. — « Introduction au droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1962, *Rec.*, t. 105, p. 381.
- MAURY (J.). — « Règles générales des conflits de lois », *Cours Acad. Droit internat.*, 1936, *Rec.*, t. 57, p. 325 et s.
- MELCHIOR. — *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, 1932.
- MENGOZZI (P.). — *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, Milan, 1967.
- MERKEL (A.). — *Juristische Enzyklopädie*, 2^e éd., 1900.
- MONTAGNE. — *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements*, thèse, Paris, 1912.
- MOREL (R.). — *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd., Paris, 1949.
- MORELLI. — « Limiti dell'ordinamento e limiti della giurisdizione », *Riv. di dir. int.*, 1933, p. 382 et s.

- MOTULSKY (H.). — *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948.
- MÜNCH (F.). — « Les effets d'une nationalisation à l'étranger », *Cours Acad. Droit internat.*, 1959, *Rec.*, t. 98, p. 411 et s.
- NAWIASKY (H.). — *Allgemeine Rechtslehre*, 1948.
- NEUHAUS. — *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin, 1962.
- NIBOYET (J. P.). — *Cours de droit international privé*, Paris, 1945-46.
- NIBOYET (J. P.). — « La théorie générale des droits acquis », *Cours Acad. Droit internat.*, 1925, *Rec.*, t. 8, p. 489 et s.
- NIBOYET (J. P.). — *Traité de droit international privé français*, 1938-1950, 6 tomes.
- NIEDNER. — *Das E. G., Kommentar zum BGB*, 2^e éd., 1901.
- NUSSBAUM (A.). — *Principles of private international law*, Oxford, 1943.
- OPPENHEIM. — *International law. A treatise*, Londres-New York-Toronto, 1955.
- PACCHIONI (G.). — *Elementi di diritto internazionale privato*, Padoue, 1931.
- PERELMAN (Ch.). — (Études publiées sous la direction de) *Le problème des lacunes en Droit*, Bruxelles, 1968.
- PILLET (A.). — *Principes de droit international privé*, Paris, 1903.
- QUADRI (R.). — *Lezioni di Diritto internazionale privato*.
- RAAPE (L.). — « Les problèmes d'application des règles de conflit », *Cours Acad. Droit internat.*, 1934, *Rec.*, t. 50, p. 477 et s.
- RABEL (E.). — *The conflict of laws*, 1^{re} éd., 1945.
- RIGAUX (F.). — « Le conflit mobile en droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1966, *Rec.*, t. 117, p. 329 et s.
- RIGAUX (F.). — *Droit international privé*, Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, 1968.
- RIGAUX (F.). — *La théorie des qualifications en droit international privé*, Paris, 1956.
- REGLADE (M.). — *Valeur sociale et concepts juridiques. Norme et technique*, Paris, 1950.
- ROGUIN. — *La science juridique pure*, Paris-Lausanne, 1923.
- ROUBIER (R.). — *Théorie générale du Droit*, 2^e éd., 1951, p. 24, p. 28.
- ROUSSEAU (Ch.). — *Droit international public*, 1953.
- SANTI ROMANO. — *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modène, 1925.
- SAVATIER (R.). — *Cours de droit international privé*, 2^e éd., Paris, 1953.
- SAVIGNY. — *Traité de Droit romain*, 1849, vol. 8.
- SCHNITZER. — *Handbuch des internationalen Privatrechts*, Bâle, 1950.
- SCHWARTZENBERG (R. G.). — *L'autorité de chose décidée*, Paris, 1969.
- SIBERT. — *Traité de droit international public*, Paris, 1951.
- SPERDUTI (G.). — « Théorie du droit international privé », *Cours Acad. Droit internat.*, 1967, *Rec.*, t. 122, p. 179 et s.
- SPERDUTI (G.). — *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milan, 1967.
- STAMMLER. — *Theorie der Rechtswissenschaft*, 2^e éd., Halle, 1923.
- SZASZY (I.). — « Private international law in socialist countries », *Cours Acad. Droit internat.*, 1964, *Rec.*, t. 111, p. 163 et s.
- TOUBIANA (A.). — *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Bibliothèque de droit international privé, vol. 14, Paris, Dalloz, 1972.
- VALERY (J.). — *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914.

- VALLINDAS (P.). — « La structure de la règle de conflit », *Cours Acad. Droit internat.*, 1960, *Rec.*, t. 101, p. 333 et s.
- VAN HECKE (G.). — *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, Leyde, 1955.
- VAREILLES-SOMMIÈRES. — *La synthèse du droit international privé*, Paris, 1897.
- WEILL. — *Contribution à l'étude de l'effet déclaratif des jugements*, thèse Dijon, 1926.
- WENGLER (W.). — « General Principles of private international law », *Cours Acad. Droit internat.*, 1961, *Rec.*, t. 104, p. 273 et s.
- WESTON (B. H.). — *International Claims : Postwar French Practice*, Syracuse University press, 1971.
- WOLFF (Martin). — *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3^e éd., Berlin, 1954.
- ZITELMANN (E.). — *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903.

II. — ARTICLES, NOTES ET CHRONIQUES

- ANCEL (M.). — Note sous Civ., 7 janv. 1964, J.C.P., 1964.II.13590.
- ANSELME-RABINOVITCH. — « Les nationalisations d'Algérie devant les tribunaux français », *Banque*, 1966, p. 331 et s.
- ARMINJON (P.). — « Les lois politiques et le droit international privé », *R.*, 1930, p. 385 et s.
- AUBERT (J. F.). — « Un cas extrême d'application de la loi du contrat ? L'affaire de la Banque de Grèce devant la justice anglaise », *R.*, 1961.653.
- AUDINET. — Note sous Req., 5 mars 1928, S., 1929.I.217.
- AYMOND (P.). — Note sous Trib. gr. inst. Seine, 20 janv. 1967, J., 1967.893.
- BATIFFOL (H.). — « L'instruction générale sur l'état-civil du 21 septembre 1955 et le droit international privé ». Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1955-1957, p. 41 et s.
- « Problèmes actuels des nationalisations en droit international privé ». Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1962-1964, p. 173 et s.
- « L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest », *J.*, 1973.22.
- BATIFFOL (H.) et FRANCESCAKIS (Ph.). — « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice », *R.*, 1959, p. 259 et s.
- BAUER (H.). — Compte rendu de l'ouvrage de R. GEIMER, *Zur Prüfung der Gerichtsfarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile*, *R.*, 1967.226.
- BELLET (P.). — « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers ». Communication au Comité de droit international privé, *Travaux*, 1962-1964, p. 251 et s.
- BOBBIO (N.). — *Lacune del Diritto, Novissimo Digesto Italiano*.
- BREDIN (J. D.). — « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt *Munzer* ». Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1964-1966, p. 19 et s.
- Note sous Paris, 21 déc. 1962, J., 1963, p. 424 et s.
- BYSTRIKY (R.). — « En marge de quelques problèmes de droit international en rapport avec la nationalisation socialiste », *Travaux du 6^e Congrès de l'Association internationale des juristes démocrates*, p. 30 et s.
- CARBONNIER (J.). — « L'hypothèse du non-droit », *Arch. phil. Droit*, 1963, p. 55 et s.

- CARRIVE. — Conclusions sur Trib. civ. Seine, 11 mai 1928, R., 1929.266.
- CHARDENON (P.). — « Dettes des rapatriés et nationalisations étrangères », J., 1967, p. 290 et s.
- COMBACAU (J.). — « La doctrine de l'Act of State aux Etats-Unis, développements récents », *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1973.35.
- COUCHEZ (G.). — Note sous Paris, 22 oct. 1970, R., 1971.541.
- DE NOVA (R.). — « Conflits des lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, I, p. 388 et s.
- « Conflict of laws and functionally restricted substantive rules », *Calif. L.R.*, 1966, vol. 54, n° 4, p. 1569 et s.
- DEPREZ (J.). — Note sous Paris, 18 juin 1964, R., 1967, p. 340 et s.
- DOMKE (M.). — « On the extraterritorial effect of foreign expropriation decrees, *The Western Political*, mars 1951, p. 12 et s.
- DUPEYROUX (M.). — « Sur la généralité de la loi », *Mélange Carré de Malberg*, p. 135 et s.
- FALCONBRIDGE. — « Conflict rule and characterization of question », *Can Bar Review*, 1952, p. 103 et s.
- FAWCETT (J. E. S.). — « Some foreign effects of nationalisation of property », *British Year Book of Internat. Law*, 1950, p. 355 et s.
- FLATTET (G.). — « Les arrêts royaux néerlandais de rétablissement des relations de droit et leur application aux porteurs de valeurs mobilières hors des Pays-Bas », *Mélanges Secrétan*, 1964, p. 33 et s.
- FOIGHEL (I.). — « Nationalization. A Study in the protection of alien property, in *International law* », *Nordisk Tidsskrift for International ret og jus gentium*, 1956, n°s 2-4, p. 89 et s.
- FOYER (Jacques), « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », R., 1965.39.
- FOYER (Jean). — Note sous Civ., 11 oct. 1967, R., 1968.105.
- FRANCSKAKIS (Ph.). — « Compétence étrangère et jugement étranger », R., 1953.1 et s.
- « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », R., 1966.1 et s.
- « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *Riv. dir. int. civ. e proc.*, 1967, p. 691 et s.
- *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile*, V° Jugement étranger.
- *Encyclopédie Dalloz, Rép. de Droit internat.*, V° Conflit de lois.
- *Encyclopédie Dalloz, Rép. de Droit internat.*, V° Droit international privé.
- « Divorce », *Juriscl. Droit internat.*, fasc. 547-C.
- Note sous Civ., 22 janv. 1951, R., 1951.167.
- Note sous Rabat, 24 oct. 1950, R., 52, p. 89 et s.
- Note sous Paris, 7 juill. 1954, R., 1954.552.
- Note sous Civ., 30 oct. 1962, R., 1963.387.
- Note sous Civ., 25 janv. 1966, R., 1966.253.
- FRIEDEL (G.). — « Biens », *Juriscl. Droit internat.*, fasc. 550.
- GIVORD (F.). — « Les dettes des rapatriés, le droit et l'équité », D., 1968, Chr. p. 15 et s.
- GOLDMAN (B.). — « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt Munzer », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1964-1966, p. 19 et s.
- Note sous Cass. civ., 7 janv. 1964, J., 64, p. 302 et s.
- GOLDSCHMIDT (W.). — « Système et philosophie du droit international privé », R., 1956, p. 21 et s., 223 et s.
- GRAULICH (P.). — « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Dabin*, 1963, II, p. 629 et s.

- GUTZWILLER. — *Internationalprivatrecht*, in Stammer, *Das Gesamte Deutsche Recht* (1930), p. 1539 et s.
- HÉBRAUD (P.). — « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *R.*, 1968.205.
- HOLLEAUX (G.). — Note sous Cass. civ., 8 janv. 1963, *R.*, 63, p. 109.
— « Les effets du divorce », in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 195 et s.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.). — Consultation citée par Ch. Lederman in *Travaux du 6^e Congrès de l'Association internationale des Juristes démocrates*, p. 47.
- KELSEN (H.). — « Théorie générale de l'Etat », *Rev. Droit public*, 1926, p. 561.
- KISH. — « La loi la plus favorable », *Festschrift Gutzwiller*, p. 373 et s.
- KUNZ. — « La primauté du droit des gens », *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1925, p. 556 et s.
- LAGARDE (P.). — « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *R.*, 1960.459.
— Note sous Paris, 19 mars 1965, *R.*, 1967.85.
- LALIVE (P. A.). — Note sous Cour de justice civile de Genève, 16 juin 1961, *J.*, 1966.151.
- LA PRADELLE (A. DE). — « Effets internationaux des nationalisations », *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1952.251.
- LOUIS-LUCAS (P.). — « Conflits de méthodes en matière de conflits de lois », *J.*, 1956.774 et s.
— « Qualification et répartition », *R.*, 1957, p. 153 et s.
— Note sous Cass. civ., 17 juin 1958, *J.C.P.*, 1958.II.10761.
- LORENZEN (E. G.). — « Territoriality, public policy and the conflict of laws », *Yale Law Journal*, mai 1924, vol. 33, p. 736 et s.
- LOUSSOUARN (Y.). — « Quelques aspects nouveaux de la protection des actionnaires français de sociétés étrangères », *D.*, 1964, *Chr.* p. 280.
— « Le sort du passif des entreprises françaises victimes des mesures de dépossession algériennes », *J.C.P.*, 1968.I.2140.
— Note sous Civ., 25 janv. 1966, *D.*, 1966.390.
- MALAURIE (Ph.). — Note sous Civ., 15 mai 1963, *J.*, 1963.1016.
- MANN (F. A.). — « The confiscation of corporations, corporate rights and corporate assets and the conflict of laws », *Internat. and Comp. Law Q.*, 1962, p. 471 et s.
- MAKAROV (A. N.). — « Les cas d'application des règles de conflit étrangères », *R.*, 1955, p. 431 et s.
— « Le remariage du conjoint divorcé en droit international privé », *R.*, 1967.643.
- MASSFELLER. — « Conclusion d'un nouveau mariage après le divorce », in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, p. 190.
- MASSOURIDIS (A. R.). — « The effect of confiscation, expropriation and requisition by a foreign authority », *Rev. hellénique de Droit international*, 1950, p. 62.
- MAZEAUD (H.). — Note sous Paris, 21 déc. 1962, *J.C.P.*, 1963.II.13447.
- MAZEAUD (L.). — « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *Rev. trim. dr. civ.*, 1929, p. 17 et s.
- MEIJERS. — « La question du renvoi », *Bull. Institut internat.*, avr. 1938, p. 191.
- MORRIS. — « The choice of law clause in Statutes », *Law Quart. Rev.*, 1946.170.
- MOTULSKY (H.). — « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1948-1952, p. 13 et s.

- « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges Maury*, I, p. 363 et s.
- Note sous Trib. civ. Seine, 24 févr. 1949, R., 49.659.
- NEUMAYER. — « Ehescheidung und Wiedererlangung der Ehefähigkeit », *RabelsZ*, 1955, p. 67 et s.
- NIBOYET (J. P.). — Note sous Douai, 29 janv. 1924, S., 1924.2.113.
- OVERBECK (A. E. von). — « Le remariage du conjoint divorcé selon le projet de Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et selon les droits allemand et suisse », R., 1970.45.
- PATARIN. — *Encyclopédie Dalloz, Rép. de Droit international*, V° *Publicité des actes*.
- PATIN (M.). — « Rapport dans l'affaire du *Mensonge d'Ulysse* », D., 1955.287.
- PERASSI. — « Introduzione al diritto internazionale privato », in *Com. e Studi*, IV, 1952, p. 484.
- PERROT. — *Encyclopédie Dalloz, Rép. de Droit civil*, V° *Chose jugée*.
- PILENKO. — « Droit spatial et droit international privé », *Jus Gentium*, t. V, 1954, p. 1 et s.
- PILLET (A.). — « Un point de la doctrine de Dicey », R., 1923.345.
- RABEL. — « Le problème des qualifications », R., 1933.1 et s.
- RADBRUCH. — « La sécurité en droit anglais », *Arch. Phil. Droit*, 1936.3-4, p. 89.
- ROBLLOT (E.). — « La politique des nationalisations et le droit international privé », *Droit social*, 1949, p. 49.
- ROUAST. — « L'effet du jugement étranger en matière de droit de la famille », *Rev. internat. de droit comp.*, 1955, p. 385.
- SARRAUTE et TAGER. — « Hier et aujourd'hui, les effets en France des nationalisations étrangères », J., 1952.496 et s., 1138 et s.
- SARRAUTE. — « Effet actuel des nationalisations en droit français », in *Travaux du 6^e Congrès de l'Association internationale des Juristes démocrates*, p. 36 et s.
- SAVATIER (R.). — « Les nationalisations en droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1946-47, p. 49 et s.
- SCHAEFFER (E.). — *Encyclopédie Dalloz, Rép. de Droit international*, V° *Mariage*.
— *Encyclopédie Dalloz, Rép. de Droit international*, V° *Nationalisation*.
— Note sous Cass. civ., 23 avr. 1969, R., 1969.722.
- SCHNELL. — « Über die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Henschaft der Rechtsnormen », *Z. Für Int-Privat. und Strafrecht*, 1895.337.
- SEIDL-HOHENVELDERN (I.). — « Extraterritorial effects of confiscations and expropriations », *Modern Law Review*, 1950, p. 69.
- « Probleme des internationalen Konfiskations- und Enteignungsrechtes », J., 1956, p. 380 et s.
- SIALELLI (J. B.). — « Conflits de juridictions », *Jurisl. Droit internat.*, fasc. 581.
- SIMON-DEPITRE (M.). — « La protection des mineurs en droit international privé ». Communication au Comité français de droit international privé, *Travaux*, 1960-1962, p. 109 et s.
- SOHN. — « New bases for solution of conflict of laws problems », *Harvard Law Review*, 1942.978.
- STRUYKEN (A.). — Note sous Hoge Raad, 13 mai 1966, R., 1967.522.
- TRÈVES (T.). — « Les nationalisations en Allemagne de l'Est et la fondation Carl Zeiss », R., 1967.23 et s.
- VAN HECKE (G.). — « Confiscation and the conflict of laws », *Intern. Law Q.*, 1951, p. 345 et s.
- VAN HECKE (G.). — « Les effets des mesures de confiscation, d'expropriation et de réquisition émanant d'une autorité étrangère », *Rev. de dr. internat. et de dr. comp.*, n° spécial, 1950, p. 57 et s.

- VAREILLES-SOMMIÈRES. — « La Quintessence du droit international privé », J., 1904.769, J., 1906.647 et 1064, J., 1907.56.
- VERZIJL. — « The relevance of public and of private international law respectively for the solution of problems arising from nationalisation of enterprises », *Z. für ausl. öff. Recht und V.*, 1958, p. 531 et s.
- VINCENT et PONSARD. — « Mariage », *Jurisl. Droit internat.*, fasc. 546-B.
- VIVIER (G.). — « Le caractère bilatéral des règles de conflit de lois », R., 1953. 655 et 1954.73.
- WENGLER (W.). — « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *Rechts Z.*, 1934, p. 216.
- « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *Z. für Vgl. Rechtswissenschaft*, 1941 (t. 54), p. 181 et s.
- « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », R., 1952.595.
- « Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », R., 1954, p. 661 et s.
- « La situation des droits », R., 1957, p. 85 et s., 409 et s.
- Note sous ordonnance du Président de la Cour hanséatique de Hambourg, 5 août 1955, et Tribunal fédéral suisse, 11 nov. 1954, R., 1957.50.
- WESER (M.). — « La Convention de La Haye sur la tutelle des mineurs devant la Cour internationale de justice », *Riv. di dir. int.*, 1959, p. 426.
- YUNG (W.). — « François Gény et la jurisprudence en Suisse », in *Le Centenaire du doyen François Gény*, Paris, 1963, p. 85.

TABLE ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros)

- Act of State* : 166 et 167, 263.
- Acte de l'état civil : 196.
- Acte-formalité (ou acte public *stricto sensu*) : 26, 76, 77, 78, 177, 188 et s. V. *Acte public*.
- Acte public : 26, 41 à 45, 87, 177 et s., 232, 235. V. *Acte-formalité*.
- Arbitrage : V. *Sentence arbitrale*.
- Assistance éducative : 288 à 293. V. *Mineurs en danger*.
- Auctor regit actum* : 185 et s., 189 et s.
- Autorité de chose jugée : 24 et 25, 43 à 45.
- Banque Nationale de Grèce et d'Athènes*: 269, 285.
- Banque Ottomane* : 211.
- Boll* : 181 et s., 291.
- Caliaro* : 200.
- Choix de la règle (méthode du) : 93 à 124, 141 et s. V. *Conflit de lois* (méthode du) et *Règle*.
- Choix de la règle (règle de) : 120 à 124, 142 et s. V. *Conflit de lois* (règle de).
- Communauté économique européenne : 48, 73.
- Compétence internationale indirecte (règle de) : 147 et s., 227 et s. V. *Efficacité « ratione originis »* (règle d').
- Compétence internationale directe : 29, 186, 292.
— exclusive : 245 et s., 293.
- Conflit de juridictions (méthode du) : 2, 3, 5 à 9, 146 et s. V. *Efficacité des décisions* (méthode de l').
- Conflit de lois (méthode du) : 1, 3, 5 à 9, 141 et s. V. *Choix de la règle* (méthode du).
- Conflits de lois (règle de) : 142 et s. V. *Choix de la règle* (règle de).
— à la deuxième puissance : 214.
- Contrat : 17.
- Cour de Justice des Communautés européennes : 48, 73.
- Décision : 48, 68 à 79, 80 à 88.
— individuelle : 69 et 70, 82 et 83. V. *Norme individuelle*.
— relative : 76, 85.
— absolue : 76.
— administrative : 177, 178 et s.
— législative : 155 à 176, 253.
- Délimitation du domaine des lois dans l'espace (méthode de la) : 124, 133, 137, 295 à 298.
- Divorce législatif : 169 et s., 287.
- Droit :
— Application du — : 21, 37.
— Déduction du — : 37, 43 à 45.
— Impérativité du — : 40, 113.
— Lacune en — : 102 à 109, 130.
— public : 166 et 167.
- Droit international privé (domaine du) : 11 à 32.

- Droit international public : 249 et 250, 257, 260, 261, 263, 276, 285.
- Droits acquis : 210 à 214, 217 à 219.
- Education protectrice : V. *Mineurs en danger*.
- Effet juridique : 61.
- Efficacité : 43 à 45.
- *ratione originis* (règle d') : 136 et 137, 147 et s. V. *Compétence internationale indirecte* (règle de).
- des décisions (méthode de l') : 125 à 138, 146 et s. V. *Conflit de juridiction* (méthode du) et *Décision*.
- Exequatur : 43 et 44.
- Etat de droit : 19.
- Expropriation : 156 à 167, 257 à 283. V. *Nationalisation*.
- d'actions : 165, 270 à 273, 280, 283.
- d'immeubles : 260 à 262.
- de meubles : 263 à 267.
- de créances : 269.
- de marques : 268, 281.
- Forum shopping* : 238 et s.
- Fraude : 241 et s.
- Hypothèse : 61, 69 à 71. V. *Norme hypothétique*.
- Imputation (lien d') : 64 à 66, 103 à 108.
- Indépendance (lien d') : 65 et 66, 103 à 108.
- Interdiction législative : 173.
- Jugement : 21 à 25, 41 à 45, 84 à 86, 197 à 202, 229 et s.
- constitutif : 23, 44.
- déclaratif : 24 et 25, 44.
- Loi : 6, 82 et 83.
- d'application immédiate : 112, 124, 133, 166 et 167, 186.
- de police : 112, 115, 124.
- politique : 166 et 167.
- Mariage :
— Forme du — : 192 et 193.
— — du conjoint divorcé : 198 à 202.
- Mineurs en danger : 181 à 183, 185 à 187, 288 à 293.
- Moratoire : 174, 284 à 286.
- Nationalisation : 156 à 167, 257, 275 à 283. V. *Expropriation*.
- d'une entreprise : 277 à 283.
- d'un établissement : 278.
- d'une société : 279, 280.
- Norme : 12 à 26.
- substantielle : 13.
- individuelle : 20 à 26, 43, 82 et 83. V. *Décision individuelle*.
- étrangère : 27 à 29.
- substantielle spéciale aux relations internationales : 29.
- générale : 51 à 53, 71.
- abstraite : 54 à 58. V. *Règle*.
- hypothétique : 59 à 66. V. *Règle*.
- discriminatoire : 57.
- catégorique : 68 à 72, 164. V. *Décision*.
- collective : 71.
- concrète : 72, 165. V. *Décision*.
- Ordre public : 253 et 254, 279, 285, 287.
- Organe étatique : 14 à 17.
- Patiño* : 218.
- Permanence (d'une norme) : 63.
- Présupposé. V. *Hypothèse*.
- Prise en considération (d'une norme) : 123, 214.
- Publicité :
— des droits réels immobiliers : 194.
- des sociétés : 195.
- Qualification : 120, 143 à 145.
- Question de droit : 90, 95 à 99, 120 et 121, 126 à 128, 131, 134, 143 à 145.
- Rattachement : 122, 137.
- alternatif : 123.
- cumulatif : 123.

Réception : 39 et 40.

Sentence arbitrale : 17.

Règle : 50 à 67, 80 à 88. V. *Choix de la règle (méthode du)*.

Testament :

Relation internationale : 27 à 29.

— forme des — : 123.

— olographe : 124.

Revalorisation (des créances) : 175.

Unilatéralisme : 113.

Royal Dutch : 165, 216, 272.

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux pages)

INTRODUCTION.....	1
-------------------	---

CHAPITRE PRELIMINAIRE

LES CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES DU PROBLÈME LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Section I. — Les données du problème : la mise en cause d'une norme substantielle étrangère.....	9
§ 1. — <i>La notion de norme substantielle.....</i>	9
A. — La norme juridique émane d'un organe étatique.....	10
B. — La norme juridique contribue à définir les droits et les obligations des individus.....	13
§ 2. — <i>L'appartenance de la norme à un système juridique étranger....</i>	19
§ 3. — <i>La mise en cause de la norme étrangère.....</i>	21
A. — Une norme étrangère est invoquée.....	22
B. — L'application d'une norme étrangère paraît <i>a priori</i> raisonnable.....	22
Section II. — Les termes du problème : la détermination des normes dont l'organe d'un Etat donné devra déduire le droit.	23
§ 1. — <i>Le problème ne peut être posé qu'en supposant saisi l'organe d'un Etat donné.....</i>	24
§ 2. — <i>Le problème consiste, pour l'organe saisi, à déterminer, en fonction de l'Etat dont elles émanent, les normes dont il déduira le droit....</i>	25
A. — La norme mise en cause est une loi.....	26
B. — La norme mise en cause est un jugement ou un acte public.	26

PREMIÈRE PARTIE

LA DISTINCTION DES RÈGLES ET DES DÉCISIONS ET LE CHOIX DE LA MÉTHODE

CHAPITRE PREMIER

LA DISTINCTION DES RÈGLES ET DES DÉCISIONS

Section I. — La classification des normes en règles et décisions....	36
§ 1. — <i>Les règles.....</i>	36
A. — La généralité de la règle de droit.....	36

B. — L'abstraction de la règle de droit.....	38
C. — Le caractère hypothétique de la règle de droit.....	42
§ 2. — <i>Les décisions</i>	48
A. — Décisions individuelles et décisions collectives.....	48
B. — Les caractères et le rôle de la décision.....	51
Section II. — La répartition des normes entre les deux catégories.	55
§ 1. — <i>La loi</i>	55
§ 2. — <i>Les jugements</i>	57
§ 3. — <i>Les actes publics</i>	60

CHAPITRE II

LES MÉTHODES DÉDUITES DE LA STRUCTURE
DES NORMES

Section I. — Le juge est saisi d'une question de droit régie par une règle	64
§ 1. — <i>Le type de règles qui ont vocation à régir la question de droit.</i> ...	64
A. — Procédé d'identification d'une question de droit régie par une règle.....	65
B. — Identification du type de règles applicables à la question de droit.....	66
§ 2. — <i>Nécessité d'un choix entre les règles du type identifié.</i>	69
A. — Existence d'une règle du type identifié dans la législation de chaque pays.....	69
B. — Concurrence des règles.....	77
C. — Position du problème de droit international privé : la nécessité du choix.....	84
§ 3. — <i>La méthode applicable aux questions de droit régies par des règles</i>	87
Section II. — Le juge est saisi d'une question de droit régie par une décision.	92
§ 1. — <i>Position du problème de droit privé.</i>	92
§ 2. — <i>L'alternative entre l'acceptation et le rejet de la décision.</i>	94
A. — L'absence de décision expresse sur un point donné dans un ordre juridique constitue une lacune.....	95
B. — Absence de vocation d'une règle quelconque à régir la question de droit.....	95
C. — Position du problème de droit international privé : l'alternative.....	96
§ 3. — <i>La méthode applicable aux questions de droit régies par des décisions.</i>	98

CHAPITRE III

CONFRONTATION AVEC LE DROIT POSITIF

Section I. — Consistance des méthodes	102
§ 1. — <i>Méthode du choix de la règle et méthode du conflit de lois</i>	102
§ 2. — <i>Méthode de l'efficacité des décisions et méthode du conflit de juridictions</i>	105

Section II. — Domaine respectif des méthodes.....	110
§ 1. — <i>Les lois</i>	111
A. — Expropriations et nationalisations.....	111
B. — Autres décisions législatives.....	121
§ 2. — <i>Les actes publics</i>	126
A. — Les décisions administratives <i>stricto sensu</i>	127
B. — Les actes publics <i>stricto sensu</i>	136
§ 3. — <i>Les jugements</i>	143

DEUXIÈME PARTIE

LA DISTINCTION DES RÈGLES ET DES DÉCISIONS ET LA RECHERCHE DE SOLUTIONS CONCRÈTES

CHAPITRE IV

STRUCTURE DE LA NORME SUBSTANTIELLE ET PRINCIPES D'ÉLABORATION DE LA NORME DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Section I. — Le principe du respect des légitimes prévisions des parties	156
§ 1. — <i>Caractère exceptionnel de l'influence du principe sur la solution des problèmes de conflit de lois</i>	156
A. — Absence normale d'influence du principe.....	157
B. — Influence exceptionnelle du principe.....	161
§ 2. — <i>Caractère normal de l'influence du principe sur la solution des problèmes de conflit de juridictions</i>	164
Section II. — Le principe du respect de l'autorité exprimée dans la norme étrangère.....	169
§ 1. — <i>Caractère exceptionnel de l'influence du principe sur la solution des problèmes de conflits de lois</i>	169
§ 2. — <i>Caractère normal de l'influence du principe sur la solution des problèmes de conflit de juridictions</i>	170

CHAPITRE V

CRÉATION DE NOUVELLES RÈGLES DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE INDIRECTE

Section I. — Principes d'élaboration des règles de compétence internationale indirecte.....	174
§ 1. — <i>Recherche à partir de l'analyse des règles relatives à l'effet des jugements étrangers</i>	174
A. — L'idée qu'il est normal de transposer en matière de compétence internationale indirecte les critères de compétence internationale directe.....	175
B. — L'idée que l'organe doit avoir une compétence fonctionnelle.....	177

C. — L'idée qu'il faut éviter une trop large possibilité de choix de l'organe par les individus.....	180
D. — L'idée que la compétence française est parfois exclusive...	185
E. — L'idée que les exigences du droit international public doivent être respectées.....	188
§ 2. — <i>Recherche de principes particuliers aux actes publics et aux décisions législatives</i>	190
Section II. — Exemple d'élaboration de règles de compétence internationale indirecte	191
§ 1. — <i>Expropriations et nationalisations</i>	192
A. — Expropriations accomplies sans nationalisation.....	193
B. — Nationalisations.....	205
§ 2. — <i>Moratoires</i>	213
§ 3. — <i>Divorces législatifs</i>	215
§ 4. — <i>Actes de protection des mineurs</i>	216
CONCLUSION	221
BIBLIOGRAPHIE	227
I. Ouvrages généraux et spéciaux	227
II. Articles, notes et chroniques	230
TABLE ALPHABÉTIQUE	236
TABLE DES MATIÈRES	241

